

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad de proceso contractual / PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA POR MODALIDAD DE SUBASTA PÚBLICA - Desconoció principio de planeación en la contratación estatal / PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA POR MODALIDAD DE SUBASTA PÚBLICA - Para la compra del inmueble denominado El Mira, ubicado en el municipio de Tumaco, departamento Nariño / DEMANDA DE RECONVENCIÓN - Presentada por el Instituto Colombiano Agropecuario por error en la determinación del precio mínimo de venta

Mediante Resolución 00261 de 10 de agosto de 2010, el ICA ordenó la apertura del proceso de selección abreviada, por la modalidad de subasta pública electrónica, con el objeto de seleccionar a la persona que presentara la mejor oferta para la compra del inmueble denominado El Mira, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño. La demandante observó que el inmueble tenía una extensión total aproximada de 540 hectáreas 500 metros, de las cuales, 449 hectáreas más 8.500 metros cuadrados eran de propiedad del ICA y el resto era objeto de posesión registrada a nombre de esa misma entidad. (...) FEDEPALMA realizó el pago por concepto de anticipo, allegó en debida forma todos los documentos habilitantes y presentó propuesta inicial por la suma de \$4.140'000.000, siendo el único proponente. Sin embargo, según reseñó FEDEPALMA, el ICA no procedió a la adjudicación directa y, por virtud del mecanismo de la subasta pública electrónica, esa entidad obtuvo un beneficio adicional, puesto que FEDEPALMA mejoró su propuesta a la suma de \$4.165'000.000, precio final por el que le fue adjudicado el inmueble, mediante Resolución 3098 del 17 de septiembre de 2010. Las partes suscribieron la promesa de compraventa el 30 de septiembre de 2010 y, en cumplimiento de la misma, FEDEPALMA realizó los pagos en la forma y términos establecidos en la cláusula cuarta, por un valor total de \$4.165'000.000

ACCIÓN DE LESIVIDAD - Contra acto administrativo contentivo de la adjudicación del bien inmueble / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD - Corrió desde el día siguiente a la expedición del acto administrativo / DEMANDA DE RECONVENCIÓN - Presentada oportunamente dentro del término legal

En cambio, se puede observar que la demanda del ICA se entabló contra su propio acto, apoyada en la violación de la ley en que habría incurrido en el procedimiento precontractual que lo llevó a adjudicar el inmueble objeto de la promesa de compraventa por un precio que a su juicio era violatorio de la ley y por considerar que la venta, de realizarse, significaría un detrimento patrimonial para el ICA. Por lo anterior, se entiende que la acción impetrada frente a ilegalidad de procedimiento contractual fue la de lesividad, la cual debe enfocarse sobre el acto administrativo contentivo de la adjudicación del respectivo bien inmueble, es decir, la Resolución 3098 de 17 de septiembre de 2010, en cuyo caso el término de caducidad se rigió por el artículo 136-7 del C.C.A., según el cual el plazo de dos años se contaba a partir "del día siguiente de su expedición". Por ello se establece que el término de caducidad de la acción de lesividad, entablada en este caso contra el acto administrativo mediante el cual se adjudicó el bien inmueble denominado El Mira, corrió hasta el 18 de septiembre de 2012, de manera que la demanda de reconvención se presentó en forma oportuna, el 28 de junio de 2011. Como consecuencia, la Sala observa que la demanda principal y la demanda de reconvención se presentaron oportunamente.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 7

DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO PRECONTRACTUAL Y DEL CONTRATO
ADJUDICADO - Procedente cuando se acredite violación de la ley imperativa del procedimiento de contratación / PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA - Faculta al juez para identificar el derecho aplicable al caso / NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN - Debe ser declarada de oficio por el juez cuando se evidencie dentro del proceso

[D]ebe advertirse que si los hechos descritos en la causa petendi y debidamente probados en el proceso contractual evidencian una violación de la ley imperativa del procedimiento de contratación, procederá la declaratoria de nulidad del acto precontractual y la del contrato adjudicado, en su caso, aunque dicha violación se encuentre referida a una norma jurídica distinta de la que fue invocada en el concepto de violación expuesto en la respectiva demanda. Ello es así en desarrollo del principio de iura novit curia, es decir que corresponde al juez del proceso contractual identificar el derecho aplicable al caso, con independencia del que las partes hayan invocado. (...) Por ello, en el supuesto como el que ahora se debate, el Juez del procedimiento precontractual debe declarar la nulidad del acto de adjudicación cuando se evidencia en el proceso la transgresión de la ley imperativa, con independencia de la forma como cada parte haya estructurado su concepto de la violación legal. Es más, el Juez del contrato tiene esa potestad en forma oficiosa siempre que la violación de la ley imperativa se encuentre acreditada en el plenario y que sobre las respectivas pruebas haya versado el debate judicial.

CONTRATACIÓN PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES DEL ESTADO - Marco legal

Es importante establecer que el procedimiento de contratación que ahora se examina se rigió por la Ley 1150 de 2007, bajo la modalidad denominada selección abreviada, en este caso, de acuerdo con lo previsto para la enajenación de bienes del Estado en el artículo 2º, numeral 2, literal e). Se advierte que para este procedimiento especial, la Ley 1150 de 2007 estableció la posibilidad de acudir a "instrumentos de subasta" y precisó que "Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta", al mejor postor. Para la enajenación de bienes del Estado, la Ley 1150 de 2007 dispuso unas reglas especiales en cuanto a la formación del precio, el cual debe fundarse en el avalúo comercial que puede ser ajustado de acuerdo con los gastos de comercialización, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el denominado precio mínimo de venta, que opera como base de la subasta, de acuerdo con la ley y la reglamentación que expidió el Gobierno Nacional. El proceso de selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado fue reglamentado por el Decreto 4444 de 2008, en el que se regularon varios aspectos sobre los estudios previos, los avalúos y la formación del precio mínimo de venta. Por otra parte, debe resaltarse que al amparo de la Ley 708 de 2001 se reglamentaron los planes de enajenación onerosa de bienes inmuebles de carácter fiscal, de propiedad del Estado, a través de los Decretos 4637 de 2008 y 3297 de 2009.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / DECRETO 4444 DE 2008 / LEY 708 DE 2001 / DECRETO 4637 DE 2008 / DECRETO 3297 DE 2009

ERROR EN LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO MÍNIMO DE VENTA - Por haber sido fijado conforme a normatividad equívoca

Las pruebas antes relacionadas permiten observar que, tal como lo afirmó el ICA en la demanda de reconvención, esa entidad cometió un error en la determinación del precio mínimo de venta que fijó en el pliego de condiciones, al guiarse por las normas del Código de Procedimiento Civil, toda vez que las reglas aplicables para ese evento eran las previstas en el Decreto 4444 de 2008. Como conclusión, resulta cierto que en los documentos del proceso de selección abreviada

GC-SA-01-032-2010 el ICA se refirió un avalúo de marzo de 2010, pero incluyó el precio del avalúo de abril de 2010 y, además, modificó el precio mínimo de venta, respecto de la convocatoria anterior, llevándolo al 50% del valor de avalúo de abril de 2010. Esas pruebas demuestran la violación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 4444 de 2008 en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-032-2010, por cuanto se ignoraron las normas que disponían el requisito de establecer un avalúo previo y a partir de éste fijar el precio mínimo de venta para la enajenación de bienes del Estado, con base en los factores claramente definidos por las normas citadas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4444 DE 2008 / LEY 1150 DE 2007

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEL BIEN ADJUDICADO - Por omisión de las reglas de publicidad del procedimiento de selección abreviada para la enajenación onerosa de bienes del Estado

Se concluye, entonces, que la nulidad del acto de adjudicación y de la promesa de compraventa del bien adjudicado, procederá, también, por la violación de las normas imperativas sobre la publicidad del procedimiento de selección abreviada para la enajenación onerosa de bienes del Estado, de conformidad con lo que se acaba de citar. Se hace notar que la publicación del proceso de enajenación de bienes del Estado y la debida exposición del mismo a los posibles oferentes constituye un imperativo legal que desarrolla los principios constitucionales de la función administrativa, de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. Respecto de la falta de publicidad de los bienes incluidos en el plan de enajenación onerosa, también se puede advertir que dicha omisión se constituye en un bloqueo a la igualdad de acceso y al principio de la libre concurrencia de los oferentes. En el mismo orden de ideas, se advierte que la violación a las reglas imperativas de la publicidad del proceso de contratación conlleva la transgresión del deber de selección objetiva toda vez que la omisión de las publicaciones de ley impide la participación de los interesados y por ende la comparación entre los distintos oferentes.

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEL BIEN ADJUDICADO - Por celebrarse contra expresa prohibición legal / **PROMESA DE COMPRAVENTA** - Se declara su nulidad. Modificación de sentencia de primera instancia

De conformidad con lo evidenciado en este proceso, considera la Sala que existen elementos de juicio suficientes para confirmar la declaración de nulidad del acto de adjudicación y declarar en igual forma la nulidad del contrato de promesa de compraventa, con fundamento en las siguientes causales contenidas en la Ley 80 de 1993 (...) Se advierte que la sentencia de primera instancia será modificada en cuanto a que en esa providencia se decidió dejar sin efecto la promesa de compraventa, cuando lo procedente, partiendo de la pretensión del ICA, de lo acreditado en el proceso y de las normas legales aplicables, era declarar la nulidad del referido contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

OBJETO ILÍCITO - No acreditado

Desde la perspectiva que otorga este plenario, no se puede concluir acerca de la naturaleza jurídica del banco de germoplasma en el caso en cuestión, ni sobre las modalidades de contratación que podrían haberse desplegado en relación con el mismo. En el acervo probatorio se observa que en la ficha de identificación del bien materia del proceso de selección abreviada se incluyó una observación escueta sobre la existencia del banco de germoplasma y de los

testimonios se concluye que las partes no arribaron a un consenso acerca de que esa zona hiciera o no parte de la adjudicación y de la promesa de compraventa. (...) no procede calificar que el proceso de selección abreviada o la promesa de compraventa celebrada entre las partes de este proceso hubieran adolecido de un objeto ilícito por razón de la mención que se hizo sobre el banco de germoplasma.

PLURALIDAD DE OFERTAS PARA LA SUBASTA ELECTRÓNICA - No es un requisito legal para la adjudicación del contrato

Se reitera la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, exigieron la libre concurrencia y la selección objetiva en la contratación, empero, tal como ha advertido esta Corporación, la Ley 1150 de 2007 no impuso la regla general de la pluralidad efectiva de oferentes dentro de la subasta, como requisito de la adjudicación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

SUBASTA DIRECTA - No es ilegal la subasta electrónica con un único proponente

En el caso concreto, en el proceso de selección abreviada con adjudicación por la modalidad de subasta electrónica que ahora ocupa la atención de la Sala, se requería de una convocatoria abierta, previa publicación de los bienes y su precio base de venta en un diario de amplia circulación, para que se pudieran presentar los oferentes interesados. No obstante, la pluralidad efectiva de posturas o lances en la subasta electrónica no era un requisito legal para proceder a la adjudicación del bien. (...) Empero, en el supuesto que ahora se estudia, ni la ley ni el reglamento contenido en el Decreto 4444 de 2008 exigieron la pluralidad efectiva de ofertas para proceder al mecanismo de subasta electrónica. Como consecuencia, se repite, la exigencia de la Ley 1150 de 2007 se refiere a que el proceso de enajenación onerosa debe estructurarse dándole la publicidad propia para que se permita la libre concurrencia y la pluralidad de ofertas, empero, si pese a ello no se presentan varias ofertas, la subasta directa puede adelantarse con el único oferente. Se agrega que el oferente puede o no realizar un lance por valor superior al precio base de su oferta.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4444 DE 2008 / LEY 1150 DE 2007

ILEGALIDAD DE SUBASTA ELECTRÓNICA - Desvirtuada / **LIBRE CONCURRENCIA DE OFERENTES** - No se dio por la omisión de la publicación del precio base de la subasta en un diario de amplia circulación

[S]e concluye que FEDEPALMA no sufrió una mayor carga económica por el hecho de que se hubiera exigido el mecanismo de subasta electrónica, aunque era el único proponente que se había presentado. Por el contrario, en ese aspecto, el ICA siguió lo previsto en el pliego de condiciones. Se desestiman, entonces, las imputaciones acerca de la ilegalidad de la subasta electrónica realizada en este caso con un único proponente. Sin embargo, se reitera que la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de promesa de compraventa que se declarará en esta providencia obedece, entre otras causas, a que en el procedimiento de contratación no se dio oportunidad para la libre concurrencia de oferentes, por la omisión de la publicación del precio base de la subasta en un diario de amplia circulación, conducta que fue cometida en violación de las exigencias especiales contenidas en el literal e) del punto 2, artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, previstas para un procedimiento de adjudicación de bienes del Estado que se regía por esa Ley.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2 LITERAL E

RESTITUCIÓN DEL PRECIO PAGADO - Actualizado con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor

Teniendo en cuenta que procede declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa, la Sala dará aplicación al artículo 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, en este caso a favor de FEDEPALMA. Esta condena comprende la restitución de precio pagado por FEDEPALMA, debidamente actualizado con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor. Se aclara que no hay lugar a enfocar la liquidación de la condena desde la perspectiva del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, toda vez que esa norma se refiere al contrato de ejecución sucesiva y a los eventos de la nulidad decretada por objeto y causa ilícita. En el presente caso la promesa de compraventa era un contrato de ejecución instantánea, además de que no se puede enmarcar el supuesto sub lite en la ejecución sucesiva de prestaciones por parte de FEDEPALMA, cuyo reconocimiento por parte del Estado estuviera supeditado al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, que no procede apreciar si las prestaciones recibidas por el ICA fueron o no en beneficio del interés general, como alude la norma citada. Lo cierto es que en este proceso se acreditó que el precio se pagó y debe ser restituido como efecto de la declaración de nulidad. Corresponde, por tanto, determinar el precio recibido por razón del contrato de promesa de compraventa que el Estado debe devolver. (...) Como consecuencia, se actualiza la condena a cargo del ICA, correspondiente a la restitución del precio recibido, teniendo en cuenta el mes en que se realizó cada una de las consignaciones

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1746 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 48

ACCIÓN DE LESIVIDAD - Configuración en el presente caso. Procede análisis de los perjuicios causados al adjudicatario

La Sala observa que en la acción de lesividad el Estado puede demandar su propio acto, lo cual se entiende en protección de la legalidad. Sin embargo, en el caso de que se trate de un acto de carácter particular, el Estado está obligado a indemnizar el perjuicio que la anulación del acto impugnado le cause al administrado por razón de la privación de los derechos que el respectivo acto administrativo le había conferido. En ese sentido, se encuentra que procede la solicitud de FEDEPALMA para que, aún en el evento de confirmar la sentencia la nulidad, se valoren las pruebas para determinar si se causaron o no los perjuicios que afirmó haber sufrido.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON CORPOICA - Pretensiones indemnizatorias de demandante no fueron soportadas

Se advierte que con base en el contenido del contrato de arrendamiento, las pretensiones indemnizatorias planteadas por FEDEPALMA no resultan soportadas si se observa que esa entidad entraría en la explotación del inmueble después de cumplidos los ciclos productivos de los proyectos de CORPOICA, de acuerdo con el contrato de arrendamiento. En ese mismo orden de ideas, se agrega que tampoco se puede aceptar como prueba idónea de los perjuicios la proyección financiera contenida en la certificación del contador público de la demandante, realizada con base en el resultado del campo experimental denominado Palmar de la Vizcaína, ubicado en Barrancabermeja, amén de que las condiciones de equivalencia de los campos solamente fueron afirmadas por la demandante, mas no aparecen probadas en el proceso.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Reconocido por la utilidad efectiva obtenida del portafolio invertido en TES / LUCRO CESANTE - Condena en abstracto

Asiste la razón a la demandante, aunque en este caso la condena no corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento, sino al restablecimiento a que tiene derecho por razón del pago realizado bajo un acto de adjudicación y de un contrato que fueron impugnados por la propia entidad estatal y que serán materia de la anulación. Ahora bien, se conoció en este proceso que el ICA manifestó que invertiría las sumas recibidas en TES, mientras que se resolvía el litigio, lo cual se corresponde con el régimen de inversión de los excedentes de liquidez de esa entidad. Por tanto, se condenará al ICA a pagar el valor que corresponda a la utilidad efectiva obtenida del portafolio invertido en TES, con base en la suma entregada por FEDEPALMA. Por ello, la condena a pagar perjuicios se impondrá en abstracto. (...) El respectivo incidente, en caso de que se promueva, se deberá adelantar bajo los parámetros antedichos, en los términos del artículo 172 del CCA.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 172

ANULACIÓN DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN - No conlleva la reparación de los perjuicios por concepto de los gastos que señaló la demandante

En relación con el reconocimiento de otros gastos que FEDEPALMA reclamó por participar y resultar adjudicataria y por atender las contingencias internas que esta situación le generó, la Sala aprecia que el pliego de condiciones no tuvo costo -de acuerdo con el artículo parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (...) Como conclusión, la anulación del acto de adjudicación no conlleva la reparación de los perjuicios por concepto de los gastos que señaló la demandante. Sin embargo, se ordenará la condena en costas a favor de FEDEPALMA, para resarcir los gastos del proceso, en los que tuvo que incurrir FEDEPALMA como consecuencia de la acción impetrada por el ICA contra sus propios actos.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2 PARÁGRAFO 4

CONDENA EN COSTAS - Por demanda en reconvención / AGENCIAS EN DERECHO - Serán fijadas por auto del ponente

Para este proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de conformidad con la conducta de las partes. Habida cuenta de que el ICA demandó sus propios actos, se deben reconocer las costas causadas con ocasión de la atención de la demanda en reconvención, a favor FEDEPALMA, incluyendo las agencias en derecho, que serán fijadas por auto del ponente y se tendrán en cuenta dentro de la liquidación que se adelantará por Secretaría de la Sección Tercera. Como consecuencia, se ordenará la liquidación de las costas por la Secretaría de la Sección Tercera.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00382-01(54324)

Actor: FEDERACIÓN NACIONAL DE CULTIVADORES DE PALMA DE ACEITE - FEDEPALMA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: SELECCIÓN ABREVIADA – Enajenación onerosa de bienes del Estado - avalúo y precio mínimo de venta – omisión de requisitos de publicidad sobre el precio base genera la nulidad / SUBASTA DIRECTA - No es ilegal la subasta electrónica con un único proponente / ACCIÓN DE LESIVIDAD – configuración en el presente caso - análisis de los perjuicios causados al adjudicatario.

En primer lugar, se decide sobre el escrito contentivo del impedimento presentado por el Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, mediante el cual puso en conocimiento que para el presente caso se encontraba en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con lo que se detalla en su solicitud.

En atención a lo manifestado por el honorable Consejero se acepta el impedimento.

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 9 de abril de 2014, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Declárase la nulidad del proceso contractual No. GC-SA-01-032-2010, cuyo objeto consistía en seleccionar a la persona natural o jurídica que presentara la mejor oferta para la compra del bien inmueble de propiedad del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, denominado 'El Mira, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se procede a dejar sin efecto la promesa de compraventa No. 002 de 30 de septiembre de 2010 y el Otrosí No. 01 de 2010, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

"TERCERO: Ordénese al Instituto Colombiano de Agricultura – ICA- la devolución total de los cuatro mil ciento sesenta y cinco millones de pesos m/cte (\$4.165'000.000.oo), consignados por la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – FEDEPALMA-.

"Parágrafo: La anterior suma deberá ser actualizada de conformidad al [con el] índice de precios al consumidor (IPC) a la fecha en que se haga efectiva la sentencia.

"CUARTO: Aceptar la renuncia del poder (...).

"QUINTO: Denegar las pretensiones de la demanda principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

"SEXTO: Cúmplase lo dispuesto en esta providencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código de Contencioso Administrativo"[1].

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 25 de abril de 2011[2], la Federación Nacional de Cultivadores de Aceite de Palma FEDEPALMA[3], en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA:

"1.1. Declarar que desde el día 6 de noviembre de 2010, el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA incumplió con el objeto y las obligaciones del contrato de Promesa de Compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010, debidamente celebrado y suscrito entre el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA y la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma.

"El objeto del Contrato de Promesa de Compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010 es la promesa de vender por parte del ICA y la promesa de comprar por parte de Fedepalma de: 'a) El derecho pleno de dominio y propiedad que el primero de los nombrados tiene y ejerce sobre el bien inmueble consistente en predio rural, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño con área o extensión superficiaria de 449 hectáreas más 8.500 mts², tal y como consta en el avalúo realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo; b) Posesión y mejoras que actualmente goza y tiene el PROMETIENTE VENDEDOR que se encuentra dentro de las demarcaciones del predio 'El MIRA' y que entre otros se encuentran identificados con los folios de matrícula inmobiliaria descritos en la cláusula segunda del presente contrato'. El área total del inmueble, conforme al pliego de condiciones, es de 540 hectáreas 500 metros.

"El Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, entre otras , incumplió con las obligaciones previstas en la cláusula primera (objeto), cláusula quinta (cláusula penal), cláusula sexta (entrega), cláusula séptima (declaración), cláusula octava (gastos y costos de escrituración y registro) y, particularmente la cláusula novena (escrituración), modificada por el otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010, que estableció el día 5 de noviembre de 2010 como la fecha máxima que debería suscribirse la escritura pública de compraventa, sin que, en la oportunidad prevista en el contrato y hasta el día de hoy, la obligación haya sido cumplida por el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA.

"1.2. Ordenar al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, que cumpla de manera integral e inmediata con todas las obligaciones que establece el contrato de promesa de compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010, específicamente, se cumpla con la suscripción inmediata de la escritura pública de compraventa del bien inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa y se cumpla con la entrega material del inmueble objeto, en favor de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite - Fedepalma.

"1.3. Ordenar al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, que pague en favor de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma, el valor de la cláusula penal pactada en la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010, como consecuencia del claro incumplimiento a las obligaciones contractuales en que incurrió el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA.

"Ordenar que el pago que haga el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA a favor de la

Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma, por concepto de cláusula penal, que conforme al contrato está tasada en un veinte por ciento (20%) del valor total del inmueble, es decir la suma de ochocientos treinta y tres millones de pesos (\$833'000.000,00), se haga debidamente actualizado y con intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida, liquidados desde el 6 de noviembre de 2010, fecha en que se inició el incumplimiento del contrato.

"Que adicional a la orden que se imparta para que el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA cumpla con el pago de la cláusula penal, se declare que esta se pactó con carácter sancionatorio, tal y como se concluye de la evaluación del texto contractual.

"No obstante, en el evento que se considere que la cláusula penal se pactó como tasación anticipada de indemnización de perjuicios, solicito condenar al ICA al pago de la cláusula penal más los valores que por indemnización de perjuicios superen el monto de la cláusula penal.

"1.4. Condenar al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, a pagar el valor correspondiente a la indemnización de los perjuicios que se le han causado, que se le siguen causando y se le causarán a la Federación Nacional de Cultivadores de Palma- Fedepalma y a sus agremiados, con ocasión del incumplimiento en que incurrió el ICA al Contrato de Promesa de Compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010.

"La discriminación y el monto de estos perjuicios es como sigue:

"1.4.1. Daño Emergente

"a. El ICA deberá pagar los gastos mínimos en que incurrió Fedepalma para participar y resultar adjudicataria en el proceso de selección abreviada (...) y se discriminan así (...) [5]
Total.....\$87'108.481.

"b. El ICA deberá pagar los gastos mínimos en que ha incurrido Fedepalma para atender las contingencias administrativas internas, que generó el ICA por su incumplimiento (...). Costos de personal (Total) \$57'236.559.

"1.4.2. Lucro Cesante:

"a. Solicito se liquide y condene al ICA a que pague a favor de Fedepalma el valor correspondiente a los intereses que han generado los valores oportunamente pagados por Fedepalma (....).

"El 14 de abril de 2011, por concepto de intereses moratorios la pretensión presenta la siguiente cuantía (...). Valor de la mora y costo de oportunidad al 5 de abril de 2011: \$347'083.333.

"b. Por el lucro cesante que genera la no entrega del inmueble por parte del ICA, el consecuente aplazamiento de la siembra (...) el aplazamiento de la producción (...) y el consecuente aplazamiento de la obtención de réditos (...) [6]. Pérdida acumulada al 5 de abril de 2011: \$1.612.573.760.

"1.5. Condenar al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, a pagar en favor de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma el valor que corresponde a los honorarios jurídicos y en general, al pago de costas y gastos del proceso.

"1.6. Condenar al Instituto Colombiano Agropecuario ICA, a pagar todas las sumas a que resulte

obligado, en valores debidamente actualizados, conforme a lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

"1.7. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo, especialmente los artículos 176 y 177.

"1.8. Como pretensión subsidiaria, en el evento en que por cualquier razón no pueda cumplirse con la suscripción de la escritura pública de compraventa y/o con la posterior entrega del inmueble objeto del Contrato de Promesa de Compraventa No. 2 del 30 de septiembre de 2010 y su otrosí No. 1 del 27 de octubre de 2010, conforme la pretensión prevista en el numeral 1.2. del presente escrito demanda, de manera atenta solicitamos las siguientes declaraciones y condenas:

"1.8.1. Se ordene al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, a que haga la devolución integral del valor que canceló Fedepalma como pago de la totalidad del inmueble es decir, la suma de (...) \$4.165'000.000, debidamente actualizada, a la fecha del pago efectivo.

"1.8.2. Que se hagan las mismas declaraciones y condenas previstas en los numerales 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7 del presente escrito de demanda".

1.2. La demanda de reconvención

Por su parte, el ICA presentó demanda de reconvención en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare la nulidad absoluta por violación de las normas constitucionales y legales del contrato de promesa de compraventa No. 002-2010 del 30 de septiembre de 2010, suscrito entre el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite FEDEPALMA, cuyo objeto de acuerdo con la cláusula primera del citado contrato es el siguiente: 'Objeto.-Que EL PROMETIENTE VENDEDOR en nombre y representación del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA promete vender y EL PROMETIENTE COMPARDOR promete comprar: a) El derecho pleno de dominio y propiedad, la posesión plena que el primero de los nombrados en la actualidad tiene y ejerce sobre el bien inmueble consistente en predio rural, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño con área o extensión superficial aproximada de 449 hectáreas más 8.500 mts², tal y como consta en el avalúo realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo. b) Posesión y mejoras de los lotes que actualmente goza y tiene el PROMETIENTE VENDEDOR que se encuentra dentro de la demarcación del predio 'El MIRA' y que entre otros se encuentran identificados con los folios de matrícula inmobiliaria descritos en la cláusula segunda del presente contrato. PARÁGRAFO.- Dentro de la presente promesa de compraventa se incluye también todos los servicios de los que actualmente goza el inmueble, tales como: energía eléctrica, acueducto, alcantarillado, teléfono y gas'.

"2. Que se declare la ilegalidad del proceso contractual No. GC-SA-01-032-2010, cuyo objeto fue SELECCIONAR A UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA QUE PRESENTE LA MEJOR OFERTA PARA LA COMPRA DEL BIEN INMUEBLE DE PROPIEDAD DEL ICA, DENOMINADO EL MIRA, UBICADO EN EL MUNICIPIO DE TUMACO – NARIÑO.

"3. Que como consecuencia de lo anterior se disponga de la inmediata devolución de los dineros entregados por FEDEPALMA al ICA en razón del pago del precio del bien inmueble EL MIRA"[7].

2. Los hechos de la demanda

A continuación se presentan, en forma resumida, los hechos de la demanda:

2.1. FEDEPALMA narró que la agremiación de cultivadores y productores de palma afrontaba una situación crítica en el municipio de Tumaco por las condiciones de orden público y por la enfermedad de la pudrición del cogollo PC, ante lo cual esa entidad "resolvió hacer una adquisición de un predio localizado en la zona crítica de afectación" del PC, para destinar el predio a fines de desarrollo experimental, en orden a obtener estabilidad y acompañamiento productivo en las soluciones implementadas por los palmicultores.

Indicó que como resultado del estudio y exploración de la zona se identificó el inmueble denominado El Mira, de propiedad del ICA. Observó que, con absoluta buena fe, FEDEPALMA hizo una evaluación del bien inmueble y que la presencia del ICA le inspiró confianza respecto de la seguridad, objetividad y transparencia en las condiciones del negocio jurídico de venta.

2.2. Mediante Resolución 00261 de 10 de agosto de 2010, el ICA ordenó la apertura del proceso de selección abreviada, por la modalidad de subasta pública electrónica, con el objeto de seleccionar a la persona que presentara la mejor oferta para la compra del inmueble denominado El Mira, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño. La demandante observó que el inmueble tenía una extensión total aproximada de 540 hectáreas 500 metros, de las cuales, 449 hectáreas más 8.500 metros cuadrados eran de propiedad del ICA y el resto era objeto de posesión registrada a nombre de esa misma entidad.

2.3. En el pliego de condiciones se informó el avalúo de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo por la suma de \$8.269'410.000, como valor comercial del inmueble y se fijó como precio mínimo de venta el 50% del avalúo, esto es, la suma de \$4.134'705.000.

2.4. FEDEPALMA realizó el pago por concepto de anticipo, allegó en debida forma todos los documentos habilitantes y presentó propuesta inicial por la suma de \$4.140'000.000, siendo el único proponente. Sin embargo, según reseñó FEDEPALMA, el ICA no procedió a la adjudicación directa y, por virtud del mecanismo de la subasta pública electrónica, esa entidad obtuvo un beneficio adicional, puesto que FEDEPALMA mejoró su propuesta a la suma de \$4.165'000.000, precio final por el que le fue adjudicado el inmueble, mediante Resolución 3098 del 17 de septiembre de 2010.

2.5. Las partes suscribieron la promesa de compraventa el 30 de septiembre de 2010 y, en cumplimiento de la misma, FEDEPALMA realizó los pagos en la forma y términos establecidos en la cláusula cuarta, por un valor total de \$4.165'000.000

2.6. No obstante la firmeza de las actuaciones contractuales y el cumplimiento de todas las exigencias, incluido el pago de la totalidad del valor de inmueble, el plazo contractual fijado en la promesa de compraventa venció el 5 de noviembre de 2010 sin que el ICA cumpliera con las obligaciones de gestionar el trámite de reparto de notaria, suscribir la escritura pública correspondiente y realizar la entrega del inmueble.

2.7. Después de vencido el plazo contractual, el ICA solicitó, primero, suspender el plazo del contrato de la promesa, argumentando anomalías internas y luego, mediante comunicación del 14 de enero de 2011, esa entidad propuso a FEDEPALMA dejar sin efecto la promesa de compraventa por mutuo acuerdo. El ICA argumentó que de suscribir la escritura de venta sufriría un detrimento patrimonial, de acuerdo con un nuevo avalúo que se efectuó el 27 de diciembre de

2010, cuando ya habían vencido todos los plazos precontractuales.

2.8. La demandante llamó la atención acerca de que el ICA argumentó que el nuevo avalúo por la suma de \$7.117'023.619, resultaba inferior al que se tuvo en cuenta para la subasta, lo cual no era cierto, puesto que, según el pliego de condiciones, el avalúo utilizado para el procedimiento de contratación ascendía a la suma de \$8.269'410.000. FEDEPALMA narró que no le fue posible obtener la copia auténtica y completa del avalúo. Explicó que dentro de los antecedentes administrativos que el ICA le entregó faltaban unas hojas del referido avalúo.

2.9. FEDEPALMA agregó que no podía aceptar la propuesta del ICA, para dejar sin efectos el negocio, puesto que la adquisición del inmueble estaba en la ruta crítica de su proyecto y era imperiosa la necesidad de su implementación.

3. Concepto de violación

FEDEPALMA invocó la firmeza del acto administrativo de adjudicación, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 y advirtió acerca de la obligatoriedad del contrato de promesa de compraventa.

Agregó que a FEDEPALMA no le conciernen las irregularidades internas que el ICA invocó como causa para no cumplir.

Expuso la afectación del principio de legalidad, en cuanto el ICA se negó a cumplir con el contrato de promesa de compraventa obrando contra el acto propio y alegando además su propia culpa.

Invocó la cláusula penal contenida en el contrato de promesa de compraventa y su derecho a hacerla exigible en el caso sub judice.

Además, FEDEPALMA se refirió al derecho a la indemnización de perjuicios, por la ganancia o provecho dejados de percibir al no disponer del dinero que pagó y al no poder adelantar la actividad económica y las acciones científicas que de manera urgente requería.

Presentó y detalló los perjuicios correspondientes al lucro cesante y al daño emergente, por los conceptos y valores que reclamó en el proceso.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 11 de mayo de 2011.

4.2. El ICA contestó la demanda, presentó excepciones y, también, interpuso demanda de reconvención, con fundamento en los hechos y pretensiones que se exponen a continuación.

5. Contestación de la demanda y demanda de reconvención

5.1. Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, el ICA expuso que en la subasta pública se redujo el precio mínimo de venta al 50% del valor del avalúo comercial y que se llevó a cabo la subasta con un solo oferente. Frente a esa ilegalidad estimó que la adjudicación y la promesa de compraventa adolecían de nulidad absoluta.

El ICA dejó constancia de que explicó la situación en varias comunicaciones dirigidas a FEDEPALMA y que le ofreció deshacer el negocio. Presentó como excepciones las siguientes: i) la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa y ii) el detrimento patrimonial para el Estado, en el caso de adelantar la escrituración[8].

5.2. Los hechos de la demanda de reconvención

En la demanda de reconvención el ICA narró los siguientes hechos:

5.2.1. El ICA adelantó un plan de enajenación onerosa basado en las previsiones normativas de la Ley 708 de 2001 y los Decretos 4637 de 2008 y 3297 de 2009, dentro del cual contrató con la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo los avalúos correspondientes.

5.2.2. Para la enajenación del inmueble El Mira se adelantaron tres procesos de selección abreviada.

5.2.3. En el primer proceso se fijó un precio mínimo de venta de \$8.269'410.000 con base en el avalúo que allegó en el mes de abril de 2010 la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo. Este proceso fue suspendido sin justificación alguna.

El coordinador del grupo de gestión contractual del ICA solicitó a la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo una rectificación del avalúo, mediante comunicación de 21 de julio de 2010, sin que mediara nuevo acuerdo contractual con la entidad evaluadora, con el argumento de que los procesos de enajenación adelantados no habían llegado a buen término y que las informaciones verbales indicaban que el valor del avalúo se encontraba por encima de los precios de mercado.

5.2.4. Dentro del segundo proceso de selección abreviada, abierto a través de la Resolución 2521 de 29 de julio de 2010, se señaló como valor de avalúo comercial la suma de \$8.269'410.000, empero se fijó como precio mínimo de venta la suma de \$5.788'587.000, invocando la aplicación de los artículos 523 y 533 del Código de Procedimiento Civil, en lo cual se incurrió en un claro error, dado que la norma jurídica aplicable era el Decreto 4444 de 2008. Además, el ICA observó que en el anexo 1, denominado "ficha técnica", se incluyó el "Banco de Germoplasma de 42,27 hectáreas".

Este proceso fue declarado desierto porque no se presentaron ofertas.

5.2.5. En el tercer proceso, mediante Resolución 2621 del 10 de agosto de 2010, el ICA ordenó la apertura de la selección abreviada, modalidad subasta electrónica; se señaló como valor de avalúo comercial la suma de \$8.269'410.000 y como precio mínimo de venta la suma de \$4.134'.705.000. En la ficha técnica correspondiente se incluyó, nuevamente, la observación acerca del área del banco de germoplasma.

5.2.6. De acuerdo con el Acta 119 de 20 de agosto de 2010, al dar apertura a la urna triclave se encontró que el único proponente era FEDEPALMA. El 17 de septiembre de 2010 se llevó a cabo la subasta electrónica, el precio de partida ofrecido fue de \$4.140'000.000 y el precio final fue \$4.165'000.000. Mediante la Resolución 3098 de 17 de septiembre de 2010 el ICA adjudicó el inmueble a FEDEPALMA.

5.2.7. El ICA y FEDEPALMA suscribieron la promesa de compraventa el 27 de octubre de 2010 y fijaron como fecha de perfeccionamiento el 29 de octubre de 2010. Debido al cambio de

directivas del ICA, la fecha se pospuso para el 5 de noviembre de 2010, mediante la modificación 01.

5.2.8. A través del oficio radicado el 5 de noviembre de 2010, la gerencia del ICA propuso un plazo adicional de 90 días, atendiendo a que después de revisada la documentación entregada por el grupo de gestión contractual, se encontraron anomalías que habían sido informadas a la Contraloría General de la República, en comunicación cuya copia se le adjuntó en su oportunidad a FEDEPALMA. Adicionalmente, el ICA informó que dentro de este término se realizaría un nuevo avalúo.

5.2.9. El nuevo avalúo, realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAG- el 27 de diciembre de 2010, arrojó la suma de \$7.117'023.619.

5.2.10. Dado que el valor que arrojó el nuevo avalúo era inferior al valor de la adjudicación, mediante oficio de 14 de enero de 2011, el ICA propuso a FEDEPALMA dejar sin efectos la promesa de compraventa, con el propósito de impedir un detrimento patrimonial.

5.2.11. El 8 de febrero de 2011, la Contraloría General de la República dio traslado al ICA de los hallazgos encontrados en la revisión del procedimiento de selección abreviada. Esa entidad advirtió, entre otras irregularidades, la incorrecta aplicación de la normativa incorporada en el pliego de condiciones, por no haber observado el Decreto 4444 de 2008; por haber llevado a cabo la subasta con un solo proponente en violación del citado decreto y de las reglas de la subasta inversa contenidas en el Decreto 2474 de 2008; y por incluir en el plan de enajenación onerosa un inmueble dedicado a propósitos misionales, toda vez que en el predio se encontraba un banco de germoplasma.

Según narró el ICA, la Contraloría General de la República observó que no se había causado el detrimento en atención a que la venta no se había solemnizado. Igualmente observó una presunta incursión en el tipo penal de la celebración indebida de contratos y optó por remitir copias a la Fiscalía General de la Nación.

5.3. Concepto de violación según la demanda de reconvención

En la fundamentación jurídica de las pretensiones el ICA advirtió la ilegalidad en el precio mínimo de venta, la ilegalidad de la subasta pública, la nulidad absoluta de la promesa de compraventa por contener un objeto ilícito al acordar la venta de un bien inenajenable y porque la transferencia del predio configuraría un detrimento patrimonial.

El ICA detalló que su oficina jurídica había advertido que debía descontar de la adjudicación las áreas ocupadas por el banco de germoplasma, las transferidas a título gratuito al municipio de Tumaco y las que ocupaba la planta de biodisel de propiedad de CORPOICA[9], lo cual no se tuvo en cuenta y, por el contrario, dentro de la anotación de la ficha 1 se hizo referencia al banco de germoplasma.

Relacionó la regulación sobre los recursos germoplásmicos contenida en la resolución 3414 de 1992 expedida por el ICA[10] y destacó la responsabilidad del ICA en velar por los recursos genéticos que se encuentran en los bancos de germoplasma del sector oficial.

Reseñó que en el predio El Mira se encontraba un banco de germoplasma que contenía material vegetal de especies únicas en el país. El ICA afirmó que ese material era parte del patrimonio cultural y científico de propiedad de La Nación, de conformidad con la Ley 397 de 1997 y la Ley

1811 de 2008.

6. Diligencia de conciliación

Consta en el expediente la diligencia de conciliación extrajudicial que se llevó a cabo el 21 de marzo de 2011, por solicitud de FEDEPALMA. La diligencia de conciliación resultó fallida, por cuanto la entidad convocada no presentó ninguna propuesta conciliatoria[11].

7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de descongestión, profirió sentencia el 9 de abril de 2014, en la cual declaró la nulidad del proceso contractual GC-SA-01-032-2010 y dejó sin efecto la promesa de compraventa No. 002 de 30 de septiembre de 2010 y el otrosí 01 de 2010.

Como consecuencia, la sentencia de primera instancia le ordenó al ICA la devolución de \$4.165'000.000, suma sobre la que dispuso su actualización con base en el IPC.

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda principal.

El Tribunal a quo consideró que la modalidad del proceso precontractual fue correcta, toda vez que, a su juicio, la base de venta fue estipulada conforme al Decreto 4444 de 2008 de conformidad con lo que se indicó en el pliego de condiciones.

Estimó que no se configuró la venta con objeto ilícito, toda vez que FEDEPALMA fue enfático al afirmar que el área ocupada por el banco de germoplasma no fue objeto de la promesa de compraventa.

El Tribunal a quo se refirió al desconocimiento del principio de planeación en la contratación estatal y estableció que la argumentación del ICA resultaba contradictoria dado que esa entidad afirmó que la fijación del precio mínimo de venta se había realizado con base en los artículos 523 y 533 del C.P.C. y "no como lo prevén las leyes de contratación estatal", cuando, por otra parte, en el pliego de condiciones se invocó la aplicación del Decreto 4444 de 2008.

El Tribunal a quo decidió acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención, con base en las siguientes consideraciones:

"No obstante lo anterior, esta Sala en aras de garantizar el patrimonio del Estado y evitar el detrimento del mismo, dará aplicabilidad al principio del interés general sobre el particular y procede a declarar la nulidad del proceso contractual No. GC-SA.01032-2010 adelantado por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y como consecuencia de ello se deja sin efecto la promesa de compraventa No. 002 de 2010 y el Otrosí No. 001 de 2010, suscrito entre el ICA y FEDEPALMA con ocasión del proceso de selección abreviada, toda vez que al momento que la entidad adelantó el proceso de selección abreviada No. GC-SA.01-032-2010, no tuvo en cuenta el principio de selección objetiva ni le dio aplicabilidad a las normas contractuales para llevar a cabo el avalúo del predio "El Mira".

"Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal ordenará al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA- la restitución en forma inmediata de las sumas de dinero sufragada por la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – FEDEPALMA- por el predio 'El Mira' ubicado en el municipio de Tumaco Nariño, debidamente indexadas (...)"

8. El recurso de apelación

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 8 de mayo de 2014 y sustentó su recurso en el mismo escrito.

Expuso que si el Tribunal a quo hubiera hecho un análisis de las pruebas recabadas en el expediente y de los argumentos expuestos por FEDEPALMA, otra hubiera sido la conclusión "pues están claramente desestimadas todas las supuestas causales de nulidad alegadas por el ICA".

Advirtió las graves falencias del fallo, puesto que se concluyó que en el proceso precontractual se siguió el Decreto 4444 de 2008, sin embargo, se decidió decretar la nulidad de las actuaciones correspondientes.

Observó que el Tribunal a quo no se pronunció sobre las pretensiones indemnizatorias que presentó FEDEPALMA en su demanda, las cuales estimó como procedentes, aún en el caso de que se decidiera confirmar la nulidad de las actuaciones precontractuales.

Sustentó sus consideraciones con fundamento en **i)** La violación al derecho de defensa de FEDEPALMA, por la mención de causales de nulidad que no fueron alegadas por el ICA en la demanda de reconvención y que no hicieron parte de la litis – concretamente se refirió al incumplimiento en la enajenación de bienes públicos y la enajenación de un bien asignado para propósitos misionales; **ii)** la inexistente motivación del fallo, toda vez que el Tribunal a quo enlistó las causales de nulidad, invocadas pero concluyó que no se configuraban; **iii)** la inexistencia de análisis y de sustento probatorio, toda vez que el Tribunal valoró adecuadamente los pliegos de condiciones pero llegó a la conclusión de la nulidad sin la mínima mención de causalidad entre las pruebas que se citaron y las conclusiones del fallo; **iv)** la improcedencia sustantiva de las conclusiones del fallo y de las causales de nulidad. La apelante expuso que la sola intención de proteger el patrimonio del Estado no es causal de nulidad y advirtió que en todo caso el Estado debe responder por la indemnización de los perjuicios que cause.

FEDEPALMA agregó que no existe prueba que permita desestimar los avalúos y que, en todo caso, el avalúo utilizado arrojó un valor más alto que los que se practicaron con posterioridad a la adjudicación. Finalmente, observó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado era viable la adjudicación en el procedimiento de selección abreviada aunque se hubiera presentado un solo proponente.

En relación con el detrimento patrimonial, argumentó que en el expediente constaba un avalúo del predio "La Providencia", colindante con El Mira, del cual afirmó que el precio por hectárea era similar al de la adjudicación materia de debate en este proceso.

Finalmente anexó como prueba un auto de 31 de octubre de 2012, proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, mediante el cual se archivó la diligencia preliminar adelantada contra el funcionario Héctor José García Santiago. Dicho pronunciamiento se decretó como prueba mediante auto de 24 de septiembre de 2015, en segunda instancia[13].

9. Diligencias de conciliación en segunda instancia

El 23 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación judicial, sin acuerdo entre las partes. El 4 de marzo de 2015, se declaró fallida la diligencia de conciliación, ante la inasistencia del ICA[14].

10. Alegatos en segunda instancia

FEDEPALMA reiteró el contenido de la demanda y de la apelación. Expuso el análisis del Decreto 2474 de 2008 acerca de la adjudicación con oferta única; afirmó la "condición de precio justo" que se tuvo en cuenta en la adjudicación; insistió en que el precio mínimo de venta fue correctamente fijado, con base en el avalúo. Reafirmó que el ICA fue negligente en la conservación de los antecedentes administrativos y que ello debe ser interpretado en su contra y precisamente como base de la responsabilidad de esa entidad en los hechos que alegó.

Agregó que el apoderado del ICA en este proceso utilizó la cita de los artículos 523 y 533 del Código de Procedimiento Civil por fuera de su contexto y en forma subjetiva.

Por su parte, el ICA en el alegato de segunda instancia solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, afirmó la ilegalidad de la forma en que se determinó el precio mínimo de venta, lo cual quedó probado con el anexo 1 del pliego de condiciones, toda vez que se utilizó la disminución del precio mínimo de venta por aplicación de los artículos 523 y 533 del Código de Procedimiento Civil. Advirtió la violación de los artículos 10 y 11 del Decreto 4444 de 2008 que regularon la enajenación onerosa de los bienes de entidades públicas.

11. Concepto de la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado

Mediante concepto 251 de 3 de diciembre de 2015, el Ministerio Público solicitó revocar la sentencia recurrida, toda vez que a su juicio se encuentra demostrado que el ICA incumplió la promesa de compraventa y que pretendió sustentarse en un avalúo practicado luego de haber adjudicado el inmueble, causando perjuicios a la parte actora. Solicitó recordar a la parte demandada el deber de incoar la acción de repetición contra los funcionarios responsables.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis, se abordarán los siguientes temas:

1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; 2) caducidad de la acción contractual; 3) delimitación de la apelación; 4) marco legal de la enajenación de bienes del Estado; 5) análisis de las pruebas atinentes al proceso precontractual; 6) conclusiones sobre el apartamiento de las reglas del precio mínimo de venta; 7) omisión de las reglas de la publicidad del proceso de contratación; 8) causales de nulidad; 9) consideraciones acerca del objeto ilícito por la supuesta inclusión de un banco de germoplasma; 10) no procede la exigencia de la pluralidad de ofertas para la subasta electrónica; 11) restitución del precio pagado; 12) análisis de los perjuicios reclamados y 13) costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción Competente

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[15], en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[16], siendo en este caso una de las partes del proceso precontractual y del contrato en cuyo seno se suscitó la controversia una entidad estatal -el ICA[17]–, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente proceso.

1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor se determinó en la suma de \$4.165'000.000, valor que resulta superior al monto equivalente a 500 S.M.L.M.V ($535.600 \times 500 = \$267'800.000$)[18], exigido de conformidad con la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)[19], para que el proceso tenga vocación de doble instancia.

2. Caducidad de la acción contractual

Las pretensiones de la demanda se refieren al incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa que ocurrió el 5 de noviembre 2010, fecha en que venció el plazo para otorgar la escritura pública de la venta prometida. En los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a la caducidad de la acción contractual en tratándose de un contrato de ejecución instantánea - y por tanto no sometido a liquidación- el plazo de caducidad de la acción es de "dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato".

Como consecuencia, se observa que la demanda de FEDEPALMA se presentó en forma oportuna el 25 de abril de 2011, toda vez que el término de la caducidad vencía el 5 de noviembre de 2012.

Por otra parte, se establece que la demanda de reconvención se presentó el 28 de junio de 2011. En ella el ICA no catalogó el tipo de acción que ejerció, empero presentó pretensión de nulidad de la promesa de compraventa y de declaración de ilegalidad del procedimiento precontractual.

En relación con las precitadas pretensiones, se esclarece que el plazo para presentar la demanda de nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa, de conformidad con el literal e) del número 10 del artículo 136, era de dos años "siguientes al perfeccionamiento del contrato".

Teniendo en cuenta que la promesa de compraventa se perfeccionó con la firma, el 30 de septiembre de 2010, la demanda de reconvención orientada a las pretensión de nulidad se presentó en forma oportuna, toda vez que el término de la caducidad de la acción de nulidad absoluta del contrato corrió hasta el 1º de octubre de 2012 y la demanda de reconvención se instauró el 28 de junio de 2011.

En relación con la pretensión de ilegalidad del procedimiento contractual, se hace notar que el ICA no pretendió restitución en su favor, de manera que no procede aplicar el término de caducidad de 30 días, contemplado para los actos previos en el artículo 87 del C.C.A.

En cambio, se puede observar que la demanda del ICA se entabló contra su propio acto, apoyada en la violación de la ley en que habría incurrido en el procedimiento precontractual que lo llevó a adjudicar el inmueble objeto de la promesa de compraventa por un precio que a su juicio era violatorio de la ley y por considerar que la venta, de realizarse, significaría un detrimento patrimonial para el ICA.

Por lo anterior, se entiende que la acción impetrada frente a ilegalidad de procedimiento contractual fue la de lesividad[20], la cual debe enfocarse sobre el acto administrativo contentivo de la adjudicación del respectivo bien inmueble, es decir, la Resolución 3098 de 17 de septiembre de 2010, en cuyo caso el término de caducidad se rigió por el artículo 136-7 del C.C.A., según el cual el plazo de dos años se contaba a partir "del día siguiente de su expedición".

Por ello se establece que el término de caducidad de la acción de lesividad, entablada en este caso contra el acto administrativo mediante el cual se adjudicó el bien inmueble denominado El Mira, corrió hasta el 18 de septiembre de 2012, de manera que la demanda de reconvención se presentó en forma oportuna, el 28 de junio de 2011.

Como consecuencia, la Sala observa que la demanda principal y la demanda de reconvención se presentaron oportunamente.

3. Delimitación de la apelación

Teniendo en cuenta que la demandante funda el recurso de apelación en que se le desconocieron las pruebas obrantes en el proceso y en que no se tipificó la causal de nulidad impetrada, la Sala se ocupará, en primer lugar, del análisis del acervo probatorio y luego pasará a estudiar las causales de nulidad aplicables al caso sub júdice.

Es preciso esclarecer previamente el argumento según el cual la sentencia de primera instancia se habría apoyado en causales de nulidad no invocadas por el ICA, entidad demandada que a su vez obró como demandante en reconvención.

En efecto, existen en la sentencia consideraciones acerca de las fallas en el principio de planeación, al paso que esta causa que no fue invocada por el ICA al demandar la nulidad del procedimiento contractual.

Sin embargo, debe advertirse que si los hechos descritos en la causa petendi y debidamente probados en el proceso contractual evidencian una violación de la ley imperativa del procedimiento de contratación, procederá la declaratoria de nulidad del acto precontractual y la del contrato adjudicado, en su caso, aunque dicha violación se encuentre referida a una norma jurídica distinta de la que fue invocada en el concepto de violación expuesto en la respectiva demanda. Ello es así en desarrollo del principio de iura novit curia, es decir que corresponde al juez del proceso contractual identificar el derecho aplicable al caso, con independencia del que las partes hayan invocado.

En el marco de una acción contractual de incumplimiento como la que impetró la demandante, contrapuesto, en este proceso, con el de la acción de lesividad que por su parte ejerció el demandado a través de su demanda de reconvención, se encontró expuesta al debate judicial la legitimidad de todo el procedimiento precontractual y la del contrato adjudicado.

Por ello, en el supuesto como el que ahora se debate, el Juez del procedimiento precontractual debe declarar la nulidad del acto de adjudicación cuando se evidencia en el proceso la transgresión de la ley imperativa, con independencia de la forma como cada parte haya estructurado su concepto de la violación legal. Es más, el Juez del contrato tiene esa potestad en forma oficiosa siempre que la violación de la ley imperativa se encuentre acreditada en el plenario y que sobre las respectivas pruebas haya versado el debate judicial.

4. Marco legal de la contratación para la enajenación de bienes del Estado

Es importante establecer que el procedimiento de contratación que ahora se examina se rigió por la Ley 1150 de 2007, bajo la modalidad denominada selección abreviada, en este caso, de acuerdo con lo previsto para la enajenación de bienes del Estado en el artículo 2º, numeral 2, literal e).

Se advierte que para este procedimiento especial, la Ley 1150 de 2007 estableció la posibilidad de acudir a "instrumentos de subasta" y precisó que **"Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta", al mejor postor.**

Para la enajenación de bienes del Estado, la Ley 1150 de 2007 dispuso unas reglas especiales en cuanto a la formación del precio, el cual debe fundarse en el avalúo comercial que puede ser ajustado de acuerdo con los gastos de comercialización, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el denominado precio mínimo de venta[21], que opera como base de la subasta, de acuerdo con la ley y la reglamentación que expidió el Gobierno Nacional.

El proceso de selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado fue reglamentado por el Decreto 4444 de 2008, en el que se regularon varios aspectos sobre los estudios previos, los avalúos y la formación del precio mínimo de venta[22].

Por otra parte, debe resaltarse que al amparo de la Ley 708 de 2001 se reglamentaron los planes de enajenación onerosa de bienes inmuebles de carácter fiscal, de propiedad del Estado, a través de los Decretos 4637 de 2008 y 3297 de 2009[23].

5. Análisis de las pruebas atinentes al proceso precontractual

Teniendo en cuenta el contenido de la apelación, resulta indispensable detenerse en las pruebas relacionadas con los tres procedimientos precontractuales acreditados en el plenario y las actuaciones adelantadas en cada uno de ellos.

5.1. Primer proceso de selección abreviada GC-SA-01-18-2010

Obran en el expediente dos copias del Avalúo de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo de abril de 2010, una completa y otra parcial. En ambas copias, se lee la identificación del área así:

"3.2. ÁREA

"Lote de terreno de 449 hectáreas + 8.500 M2, área titulada por el Incora y 91 hectáreas + 3.500 M2, área colonos (sin información sobre escrituras de propiedad) para un total de 541 Has + 2.000 M2"[24]

El cuadro consolidado de los valores del referido avalúo es el siguiente:

"DESCRIPCIÓN	VALOR TOTAL
VALOR TERRENO	6.183'600.000[25]
VALOR EDIFICACIONES	1.597'120.000[26]
VIAS INTERNAS	110'000.000[27]
CULTIVOS PERMANENTES	378'690.000[28]
VALOR TOTAL DEL AVALÚO	[En la copia del avalúo que suministró el ICA A FEDEPAMA no aparece la página 26 del avalúo, en la cual debería encontrarse el cuadro consolidado y las firmas[29]. En la copia que allegó el ICA al proceso, aparece la hoja 26[30] con el cuadro consolidado por valor total de "\$8.269'410.000", mismo que se obtiene de la sumatoria de los valores anteriores. Esta hoja 26 contiene las firmas del ingeniero Cesar Augusto Vallejo Coordinador de Avalúos y Orlando Caicedo Rueda, Presidente de La Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo].

Sin embargo en el cuadro titulado DETERMINACIÓN DE AVALÚO, en la hoja 26 del avalúo de abril de 2010, cuyo contenido aparece completo, se cometió un error sobre la identidad del bien avaluado, por cuanto se indicó

"9. DETERMINACIÓN DE AVALÚO

El siguiente es nuestro concepto de avalúo comercial para **el predio rural La Esperanza Segunda, vereda Guacamaya, Corregimiento Llorente, municipio de Tumaco, al 11 de marzo de 2008**" (la negrilla no es del texto)[31]

Pese al anterior error, en el cuadro final del avalúo, referido a la identificación del bien inmueble materia del mismo, se advierte la suma de \$8.269'410.000 fijada en el avalúo de abril de 2010 que es la misma que se utilizó en la convocatoria al procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-018-2010 para el Predio El Mira, según se observa en el aviso de prensa, Diario La República, Selección Abreviada No. GC-SA-01-018-2010, en el cual se indicó, como precio mínimo de venta \$8.269'410.000.

En la copia allegada al expediente no se puede determinar la fecha de la publicación de este aviso

en la prensa. Sin embargo, en dicho aviso se indicó que la fecha de apertura del proceso era el 21 de junio de 2010 y la de cierre el 2 de julio de 2010[32].

Se conoce que FEDEPALMA tuvo noticia del valor del referido avalúo aun antes de la apertura de la primera convocatoria, toda vez que la comunicación 2.11.2 de 22 de abril de 2010, suscrita por el abogado Héctor José García Santiago, coordinador del grupo de gestión contractual del ICA, el referido funcionario le remitió al señor Fabio Zuluaga, Director de la Unidad de Servicios Compartidos de FEDEPALMA, el avalúo del predio del ICA denominado EL MIRA[33].

Ahora bien, en el documento de la minuta de estudios previos del procedimiento de selección abreviada No. GC-SA-01-018-2010, en el cuadro de especificaciones especiales, se observa que el valor de avalúo fue incorporado así:

"FECHA DEL AVALÚO	Fuente documentación del ICA y avalúo comercial de marzo de 2010[34].
"AVALUADOR	Lonja de propiedad Raíz de Nariño y Putumayo – Fedelonjas
"PRECIO MÍNIMO DE VENTA	\$8.269'410.000
"ACTIVO SANEADO TRANSFERIBLE	X
"Observaciones	Banco de Germoplasma de 42,27 Hectáreas aproximadamente".

No obstante, en el respectivo estudio, en el acápite del valor estimado de venta se presentaron las siguientes cifras, que evidencian la confusión, adicional a la citada en los antecedentes, sobre el precio mínimo de venta. En esos estudios se lee:

"El precio mínimo de venta PMV del inmueble asciende a **\$2.699'810.000.**

"RAZONES DEL VALOR ESTIMADO:

"El Precio mínimo de venta es el **valor del avalúo del inmueble**"[35]. [Se destaca en negrilla para resaltar la contradicción de los valores referidos en el estudio].

Los errores antedichos se repiten en el documento titulado "Borrador del Pliego de Condiciones GC-SA-01-18-2010" de junio de 2010, en cuyo anexo se encuentra la identificación del inmueble, así:

"ANEXO 1 FICHA TÉCNICA DEL PREDIO EL MIRA

"SUBASTA PÚBLICA ELECTRÓNICA

"No. SG-SA- 01-18-2010

"VALOR DEL AVALUO	8.269'410.000
"(...).	
"FECHA DEL AVALÚO	Fuente documentación del ICA y avalúo comercial de marzo de 2010 [se destaca la inconsistencia en la fecha del avalúo]
"(...)	
"PRECIO MÍNIMO DE VENTA	8.269.410.000
"Activo saneado transferible	X
"Observaciones	Banco de Germoplasma de 42.27 hectáreas aproximadamente"[36].

Igualmente se encuentra probado que una vez cerrado el plazo para presentar las propuestas, mediante comunicación de julio 21 de 2010, dirigida por el abogado Héctor José García Santiago, coordinador del grupo de gestión contractual del ICA, al coordinador de avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Tumaco, se solicitó rectificar el valor del avalúo con la siguiente fundamentación:

"Referencia: Solicitud de rectificación avalúo predio EL MIRA propiedad Instituto Colombiano Agropecuario

"Respetado Ingeniero:

"Con preocupación hemos visto que los proceso de enajenación de bienes inmuebles en particular el del predio MIRA no ha llegado a buen término, con ocasión de que el precio según informaciones verbales, está por encima de precios de mercado al no tenerse en cuenta el estado y edad de la palma en dicho predio.

"Por lo anterior, en virtud del contratos suscrito entre las partes, y teniendo en cuenta que se trata de una rectificación de un trabajo que ya se adelantó y que se quiere sea revisado, agradecemos toda su colaboración en el sentido de revisar el avalúo presentado y de ser el caso si el estudio así lo arroja, actualizar y corregir el mismo, según las condiciones del predio"[37].

Esta comunicación fue recibida por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo el 23 de julio de 2010, de acuerdo con el sello impuesto en la copia autenticada, allegada al plenario[38].

Según se aprecia de las pruebas referidas a la selección abreviada GC-SA-01-18-2010, el procedimiento no siguió su curso y no culminó con acto alguno.

5.2. Segundo procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-31-2010

En el borrador del pliego de condiciones, correspondiente al proceso de selección abreviada modalidad subasta pública electrónica GC-SA-01-31-2010 de julio de 2010, el ICA mantuvo el valor de avalúo de abril de 2010, pero introdujo un precio mínimo de venta inferior, argumentando, en ese borrador, la aplicación del Código de Procedimiento Civil, es decir que se aplicó el 70% al valor de avalúo, bajo la interpretación errónea de que el ICA podía reconsiderar el precio mínimo de venta con base en las normas del remate judicial, así:

"Anexo 1 ficha técnica

"VALOR DE AVALÚO	\$8.269'410.000
"(...)	
"FECHA DEL AVALÚO	Fuente documentación del ICA y avalúo comercial de marzo de 2010.
"(...).	
"PRECIO MÍNIMO DE VENTA	\$5.788'587.000
EL ICA RECONSIDERÓ EL PRECIO DE VENTA, SIGUIENDO LOS LINEAMINETOS DEL CAPITULO 4º REMATE DE BIENES Y PAGO AL ACREEDOR DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN PARTICULAR LOS ARTÍCULOS 523 Y 533[39]. (La negrilla no es del texto)	
"ACTIVO SANEADO TRANSFERIBLE	X
"OBSERVACIONES	Banco de Germoplasma de 42,27 Hectáreas aproximadamente"[40].

El dato del antedicho borrador se utilizó para el aviso de prensa que se publicó para convocar al procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-031-2010.

De acuerdo con el contenido del citado aviso, la respectiva convocatoria se abrió el 2 de agosto de 2010 y se cerró el 6 de agosto de 2010. Allí se publicó como precio mínimo de venta la suma de \$5.788'587.000[41].

En la "MINUTA DE ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS" del procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-31-2010 se mantuvo el error cometido en la cita de la fecha del avalúo. Por otra parte, se incorporó el nuevo precio mínimo de venta, citado en el referido documento, con fundamento en la aplicación del Código de Procedimiento Civil, así:

"FECHA DEL AVALÚO	Fuente documentación del ICA y avalúo comercial de marzo de 2010.
"(...).	
"PRECIO MÍNIMO DE VENTA	\$5.788'587.000
EL ICA RECONSIDERÓ EL PRECIO DE VENTA, SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS DEL CAPITULO 4º REMATE DE BIENES Y PAGO AL ACREEDOR DEL CÓDIGO DE PTOCEDIMIENTO CIVIL EN PARTICULAR LOS ARTÍCULOS 523 Y 533[42].	
"ACTIVO SANEADO TRANSFERIBLE	X

"OBSERVACIONES	Banco de Germoplasma de 42,27 Hectáreas aproximadamente
----------------	---

En los estudios previos del procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-31-2010 se agravó la confusión entre el precio mínimo de venta y el valor de avalúo, así:

"(...)

"VALOR ESTIMADO DE VENTA

"El precio mínimo de venta PMV del inmueble asciende a la suma de \$5.788'587.000.

"RAZONES DEL VALOR ESTIMADO

"El Precio mínimo de venta es el **valor del avalúo** del inmueble"[43]. (Se destaca la inconsistencia).

Mediante la Resolución 002567 de 6 de agosto de 2010, suscrita por Luis Fernando Caicedo, Gerente General del ICA, se declaró desierto el proceso GC-SA-01-31-2010-ICA, teniendo en cuenta que "no se presentaron ofertas"[44].

5.3. Tercer procedimiento de selección abreviada GC-SA-01-032-2010

A través de la Resolución 2621 de 10 de agosto de 2010, se ordenó la apertura del proceso de selección abreviada, modalidad subasta pública electrónica, GC-SA-01-032-2010, cuya adjudicación es objeto de debate en el proceso sub júdice.

En el pliego de condiciones definitivo GC-SA-01-32-2010 de agosto de 2010, se indicó como fecha de apertura el 11 de agosto de 2010 y fecha de cierre para presentar propuestas el 20 de agosto de 2010.

En el aludido pliego de condiciones se refirió el valor del avalúo de abril de 2010, pero se indicó como precio mínimo de venta una cifra que correspondió al 50% del referido avalúo, así.

"ANEXO 1 FICHA TÉCNICA DEL PREDIO EL MIRA

"SUBASTA PÚBLICA ELECTRÓNICA

"No. SG-SA- 01-18-2010

"VALOR DEL AVALÚO	8.269'410.000
"VALOR DEL TERRENO	6.183.600.000
"VALOR DE EDIFICACIONES	1.597'120.000
"VALOR VIAS INTERNAS	110'000.000
"VALOR CULTIVOS PERMANENTES	378'690.000
"FECHA DEL AVALÚO	Fuente documentación del ICA y avalúo comercial de marzo de 2010
"AVALUADOR	Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo FEDELONJAS
"MÉTODO DE AVALÚO	Para el valor comercial comparación de mercado, método de reposición. Para la investigación económica, método de comparación o de mercado para el terreno y el método de reposición para las mejoras
"PRECIO MÍNIMO DE VENTA	4.134' 705.000
"Activo saneado transferible	X
"Observaciones	Banco de Germoplasma de 42.27 hectáreas aproximadamente"[45].

Debe anotarse que el inmueble se identificó como de propiedad del ICA en un 100%, no obstante lo cual en la promesa de compraventa se detallaron catorce lotes materia de posesión.

Las pruebas antes relacionadas permiten observar que, tal como lo afirmó el ICA en la demanda de reconvención, esa entidad cometió un error en la determinación del precio mínimo de venta que fijó en el pliego de condiciones, al guiarse por las normas del Código de Procedimiento Civil, toda vez que las reglas aplicables para ese evento eran las previstas en el Decreto 4444 de 2008.

Como conclusión, resulta cierto que en los documentos del proceso de selección abreviada GC-SA-01-032-2010 el ICA se refirió un avalúo de marzo de 2010, pero incluyó el precio del avalúo de abril de 2010 y, además, modificó el precio mínimo de venta, respecto de la convocatoria anterior, llevándolo al 50% del valor de avalúo de abril de 2010.

Esas pruebas demuestran la violación de la Ley 1150 de 2007[46] y del Decreto 4444 de 2008 en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-032-2010, por cuanto se ignoraron las normas que disponían el requisito de establecer un avalúo previo y a partir de éste fijar el precio mínimo de venta para la enajenación de bienes del Estado[47], con base en los factores claramente definidos por las normas citadas. La Sala transcribirá en detalle las normas correspondientes, en el análisis de las causales de anulación del acto administrativo de adjudicación y del contrato correspondiente.

Ahora bien, continuando con la secuencia de las pruebas, de acuerdo con lo que se acredita en el

plenario, se establece que encontrándose abierto el proceso de selección abreviada GC-SA-01-032-2010, mediante memorando de 19 de agosto de 2010, copia informativa No. 2003214313, la oficina asesora jurídica emitió su concepto con destino a la gerencia general del ICA, sobre la no aplicación del Código de Procedimiento Civil, así:

"Por todo lo expuesto, consideramos que las previsiones contenidas en los artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que regulan la posibilidad de vender al 70% del valor del avalúo del bien inmueble o de presentar un nuevo avalúo si fracasa la segunda licitación, no son aplicables al proceso de enajenación de inmuebles por parte de las entidades públicas, No obstante es preciso señalar que la normatividad contenida en el Decreto 4444 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, contiene una serie de criterios que como lo expusimos anteriormente, permiten que la entidad tenga un espacio relativamente amplio para la determinación del precio mínimo de venta, que perfectamente puede ser un precio inferior al del avalúo comercial, dependiendo de las especiales características del bien inmueble a enajenar"[48].

Según los documentos que obran en el proceso, FEDEPALMA presentó propuesta el 20 de agosto de 2010 en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-32 de 2010[49]. En estos documentos se destaca el anexo No. 2, contentivo de la propuesta económica, por la suma de \$4.140'000.000 y el extracto de acta No. 4440 de 11 de agosto de 2010, de la Junta Directiva de FEDEPALMA, en la cual consta la autorización al representante legal para participar en el proceso de selección abreviada y para celebrar el contrato de compraventa correspondiente.

El 27 de agosto de 2010 el grupo de gestión contractual del ICA presentó el informe de calificación GS-SA-01-32-2010, en el cual se informó que FEDEPALMA reunía los requisitos, de habilitación y se indicó que el "proceso de subasta pública electrónica continua con el oferente habilitado"[51].

Se encuentra en el expediente el documento de evaluación cuantitativa de las plantaciones de palma de aceite y cacao, elaborado por José Roberto Galindo Álvarez- ingeniero agrónomo, con fecha 1º de septiembre de 2010. No obra constancia de que este informe hubiera sido utilizado para estimar los ingresos y egresos que soportarían el ajuste del avalúo en orden a definir el precio base de la subasta electrónica o precio mínimo de venta en el proceso de selección abreviada, teniendo en cuenta que la fecha en que fue elaborado este informe es posterior a la fecha del cierre para presentar propuestas.

Por otra parte, habiendo ocurrido el cierre del plazo para presentar las ofertas en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-32-2010- el 20 de agosto de 2010-, mediante comunicación 1810-2010 de 16 de septiembre de 2010, suscrita por el jefe de la oficina asesora jurídica, dirigida a Héctor José García Santiago, Grupo de Gestión Contractual del ICA, esa oficina presentó sus observaciones, así:

"De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta Oficina Asesora Jurídica considera que el área correspondiente al banco de germoplasma de chontaduro existente en el predio El Mira no debe ser objeto de enajenación, sino que se debe mantener la propiedad en cabeza del Instituto Agropecuario ICA.

"En el mismo sentido consideramos que la enajenación tampoco debe incluir la planta de biodisel instalada en los terrenos de El Mira, de propiedad de la Corporación Colombiana de Investigación CORPOICA, de lo cual es conveniente dejar constancia en el acto de

transferencia[52].

"Finalmente, reiteramos que en criterio de esta Oficina Asesora el proceso de enajenación de los bienes inmuebles incluidos en el plan de enajenación, no permite la aplicación de las normas del remate contenidas en el Código de Procedimiento Civil, por existir normas especiales aplicables, según lo disponen las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y el Decreto 4444 de 2008"[53].

También con fecha posterior a aquella en que se cerró el plazo para presentar ofertas dentro del procedimiento de selección abreviada GS-SA-01-32-2010 -al que solo se presentó FEDEPALMA- se allegó al ICA un nuevo avalúo de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo de septiembre de 2010[54], el cual arrojó un valor total de \$4.070'799.000, ligeramente inferior a la suma de \$4.134' 705.000, que se había fijado como precio mínimo de venta en la convocatoria al procedimiento de selección GS-SA-01-32-2010.

En el avalúo de septiembre de 2010 se presentaron las siguientes cifras:

"DESCRIPCIÓN	VALOR TOTAL
"VALOR TERRENO	2.609'775.000
"VALOREDIFICACIONES	1.117'984.000
"VIAS INTERNAS	110'000.000
"CULTIVOS PERMANENTES	233'040.000
" VALOR TOTAL DEL AVALÚO [55].	4.070'799.000"

Finalmente, se encuentra acreditado en el expediente que el 17 de septiembre de 2010 se llevó a cabo la subasta pública electrónica, en la cual FEDEPALMA presentó postura por \$4.165'000.000[56] y que mediante la Resolución 003098 de 17 de septiembre de 2010, suscrita por el gerente general del ICA, se resolvió adjudicar el bien inmueble "de propiedad del ICA", denominado El Mira a FEDEPALMA, por la suma de \$4.165'000.000.

5.4. Análisis de las diferencias entre los avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo

La diferencia entre el avalúo de abril de 2010 y el avalúo de septiembre de 2010 consistió, básicamente, en lo siguiente: **i)** en el avalúo de septiembre de 2010 el evaluador presentó nuevos datos en el cuadro de la "investigación directa", esto es, la referida a las encuestas realizadas a expertos, a partir de lo cual aplicó el procedimiento estadístico para calcular la media aritmética, la desviación estándar y el resultado final del valor adoptado para el terreno, en el cual se modificó a la baja el valor del terreno, en relación con el avalúo de abril de 2010 y **ii)** en el avalúo de septiembre de 2010 la entidad evaluadora redujo el estimativo de todas las construcciones en relación con el asignado en el avalúo de abril de 2010.

Entrando en mayor detalle, entre los dos avalúos se observa la diferencia en el resultado que se obtuvo a través procesamiento de los datos de las encuestas con relación al valor del terreno para la zona UF1 (área útil), el cual, sumado a la zona de reserva forestal (UF2), arrojó los siguientes valores:

Avalúo	Valor por hectárea UF1	Valor terreno (incluye áreas total de UF 1 y UF 2-)
ABRIL 2010 UF 1	\$12'000.000 Valor Ha	\$6.183'600.000
SEPTIEMBRE 2010 UF1	\$5'000.000 Valor Ha[58]	\$2.609'775.000

En cuanto al comparativo de los valores de las construcciones, se observa que se redujeron todos los precios unitarios estimados por metro cuadrado y como consecuencia, se presentó la siguiente variación del valor total de la construcción entre los avalúos que ahora se examinan:

Avalúo	Valor construcciones
ABRIL 2010	\$1.597'120.000[59]
SEPTIEMBRE 2010	\$1.117'984.000[60]

Como resultado de esas rectificaciones en los valores del terreno y de las construcciones, el valor total de avalúo se redujo así:

Avalúo	Valor total
ABRIL 2010	\$8.269'410.000
SEPTIEMBRE 2010	\$4.070'799.000

Se reitera que: i) el segundo avalúo no hizo parte de los documentos en que se apoyó el procedimiento de selección abreviada y ii) el precio mínimo de venta que se tomó para la respectiva convocatoria correspondió al 50% del primer avalúo.

Por otra parte, con el fin de acreditar el detrimento que habría significado para el ICA proceder a la transferencia del inmueble denominado El Mira, esa entidad aportó al presente proceso un tercer avalúo, realizado por el ICA en diciembre de 2010, el cual arrojó la suma de \$7.117'023.619, sobre la base de 525.25 hectáreas.

Se advierte que en el avalúo del IGAC se excluyeron las hectáreas correspondientes al banco de germoplasma.

La Sala observa que el IGAC estableció el avalúo por hectárea con base en dos sistemas de investigación: directa (encuestas) e indirecta (transacciones en la zona). Los avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo solo acudieron al método de investigación directa (encuestas a personas conocedoras del mercado) por cuanto esa entidad indicó que no encontró "avalúos realizados por otras entidades para predios con características similares"[61].

Según el avalúo del IGAC, el precio por hectárea apta para la siembra con adecuación oscilaba entre \$9'000.000 y \$9'800.000, rango que se estableció por esa entidad, con fundamento en las encuestas y en las transacciones realizadas en la misma zona, de acuerdo con la metodología expuesta por el IGAC en su avalúo.

Nótese que de conformidad con el avalúo de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo realizado en abril de 2010, el valor por hectárea era de \$12'000.000, no obstante lo cual, a partir de allí se fijó el precio mínimo de venta en un 50%, es decir que el terreno se ofreció en

\$6'000.000 por hectárea, cifra que resultaba inferior al valor terreno de acuerdo con el avalúo del IGAC.

Por otra parte, la comparación con el avalúo de septiembre de 2010 arroja una distancia mayor en el valor adoptado, toda vez que el valor de la hectárea se fijó en \$5'000.000, al paso que el IGAC indicó un valor entre \$9'000.000 y \$9'800.000 por hectárea.

Con todo y que el IGAC estimó en su avalúo las construcciones y los cultivos por montos más altos que los contenidos en los avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo, la diferencia en los estimativos del terreno marcó el menor valor que el ICA reseñó en este proceso para fundar la prueba del detrimento patrimonial que pretendió evitar.

Se puede agregar que tanto el IGAC como la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo dejaron de considerar una reducción del precio para aquella zona que no era materia de propiedad (91 hectáreas aproximadamente).

Se resalta que el ICA no tenía la propiedad del 100% del inmueble, dado que, según se refirió en la promesa de compraventa, catorce lotes eran objeto de posesión, de acuerdo con los certificados de libertad que se allegaron al plenario, referidos a la adquisición de mejoras en esos lotes[62].

6. Conclusiones acerca de la violación de la ley aplicable acerca del precio mínimo de venta

Con fundamento en las pruebas analizadas, la Sala establece que el método que utilizó el ICA para fijar el precio mínimo de venta dentro de la ficha que publicó en el proceso de selección abreviada GS-SA-01-32-2010 estuvo orientado por la aplicación del porcentaje referido en el Código de Procedimiento Civil sobre el avalúo de abril de 2010, disponible en la fecha de apertura del proceso.

En igual forma, se advierte que los ajustes que realizó la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo en el avalúo de septiembre de 2010 también obedecieron al criterio de reducir los valores en un porcentaje similar al utilizado por el ICA en su proceso de contratación.

De conformidad con las normas aplicables al procedimiento de selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado, el valor de avalúo debía ser ajustado con base en los factores previstos en la Ley 1150 de 2007 reglamentados por el Decreto 4444 de 2008, para efectos de determinar el precio mínimo de venta, y no era viable acudir a la reducción del precio con base en la aplicación del porcentaje que fijaba el Código de Procedimiento Civil[63].

No obstante, los factores previstos en la regulación no fueron los que se tuvieron en cuenta por el ICA en el caso del precio mínimo de venta del proceso de selección abreviada GS-SA-01-32-2010.

Por tanto, se concluye que las pruebas dan la razón al ICA en cuanto se demostró la violación de la ley aplicable en el proceso precontractual sub júdice, dado que la fijación del precio mínimo de venta que sirvió como base a la subasta electrónica y a la adjudicación realizada mediante la Resolución 3098 de 2010, se apartó de lo fijado en la ley 1150 de 2007[64] y en el Decreto 4444 de 2008.

Por esta razón, se reafirma la sentencia de primera instancia en cuanto proceden las pretensiones de la demanda de reconvención, dado que se encuentra acreditado que el procedimiento de contratación se apartó de la ley aplicable al mismo.

7. Omisión de las reglas de la publicidad del proceso

Lo evidenciado hasta aquí permite reafirmar la nulidad de la adjudicación deprecada por el ICA y, en lo pertinente, se debe desestimar la argumentación de la apelante.

Sin perjuicio de lo anterior, es de importancia advertir que, adicionalmente, en el proceso de contratación sub júdice se violaron las normas de la publicidad previa exigida para la enajenación onerosa de bienes del Estado que se rige por la Ley 1150 de 2007, dado que el procedimiento estaba sometido a una regla de publicidad especial, contenida en el inciso final del literal e) del punto 2 del artículo 2, así:

"La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta".

Se tiene en cuenta que el Decreto 4444 de 2008 reglamentó la publicidad del proceso de contratación, a través del SECOP o de la página web de la entidad, de acuerdo con lo que disponía el artículo 8 del Decreto 2474 de 2008[66], contentivo de las normas generales sobre el proceso de selección abreviada. Sin embargo, esta última disposición también debió cumplirse, sin perjuicio de la exigencia especial de la publicación en un diario de amplia circulación, respecto del precio mínimo de venta del respectivo bien, referida en la ley.

Se observa que el Decreto 4444 de 2008 indicó que la entidad y su intermediario podían publicar en un diario de amplia circulación el listado de bienes y el precio mínimo de venta[67], lo cual – se reitera- no tenía el alcance de modificar la exigencia de la publicidad fijada por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en forma especial para el precio mínimo de venta.

"La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base".

Finalmente, se hace constar que el Decreto 3297 de 2009, referido al plan de enajenación onerosa de bienes del Estado, incluyó igualmente la exigencia de la publicación del precio mínimo de venta en un diario de amplia circulación, de manera congruente con lo que exigió la Ley 1150 de 2007.

Se observa que de acuerdo con el contenido de la Resolución 3098 de 2010, el acto de apertura y los pliegos de condiciones se publicaron por el ICA a través del portal de contratación www.contratos.gov.co., pero, a diferencia de las convocatorias anteriores, en la GC-SA-01-32-2010 no se realizó el aviso en un diario de amplia circulación, pese a que, con claridad, se trataba de un proceso de contratación independiente de los anteriores y que, además, el precio mínimo de venta era distinto -e inferior- al fijado en las convocatorias anteriores.

Se puntualiza que aunque el ICA aportó al plenario los antecedentes administrativos de los tres procesos de contratación, en el GC-SA-01-32-2010 – a diferencia de los dos anteriores- no allegó la publicación en un diario de amplia circulación, requerida por la Ley 1150 de 2007 para los efectos de la publicidad del precio base de venta[68].

La referencia a una publicación en prensa también se omitió del cronograma incorporado en el respectivo pliego de condiciones de la convocatoria GC-SA-01-32-2010[69].

Se advierte que la publicidad de ley no habría quedado cubierta con un eventual aviso de prensa

sobre el plan de enajenación onerosa del ICA, del que tampoco obra prueba en el plenario, toda vez que en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-32-2010 se incorporó un precio mínimo de venta inferior al avalúo referido como precio en el plan de enajenación onerosa acreditado en el acervo probatorio[70].

Además, en cuanto a la publicación del pliego de condiciones del proceso GC-SA-01-32-2010 realizado en el portal del sistema de contratación, las pruebas arrojan que no tuvo la exposición requerida en la reglamentación del proceso de selección abreviada, esto es, durante el tiempo mínimo que exigió el Decreto 2474 de 2008[71].

En efecto, se advierte que el ICA realizó la publicación simultánea –en la misma fecha- del proyecto de pliegos y de la resolución de apertura del proceso de selección abreviada, con lo cual se violó lo exigido en el artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, a cuyo tenor:

"Artículo 9°. Publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo. La entidad estatal publicará el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo de conformidad con el artículo anterior. Esta publicación aplica para las modalidades de selección de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada.

"El proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura, en el caso de la licitación y concurso de méritos con propuesta técnica detallada (PTD), y con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la misma fecha, en la selección abreviada y concurso de méritos con propuesta técnica simplificada (PTS). La publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección". (La negrilla no es del texto).

Se concluye, entonces, que la nulidad del acto de adjudicación y de la promesa de compraventa del bien adjudicado, procederá, también, por la violación de las normas imperativas sobre la publicidad del procedimiento de selección abreviada para la enajenación onerosa de bienes del Estado, de conformidad con lo que se acaba de citar.

Se hace notar que la publicación del proceso de enajenación de bienes del Estado y la debida exposición del mismo a los posibles oferentes constituye un imperativo legal que desarrolla los principios constitucionales de la función administrativa, de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad[72].

Respecto de la falta de publicidad de los bienes incluidos en el plan de enajenación onerosa, también se puede advertir que dicha omisión se constituye en un bloqueo a la igualdad de acceso y al principio de la libre concurrencia de los oferentes.

En el mismo orden de ideas, se advierte que la violación a las reglas imperativas de la publicidad del proceso de contratación conlleva la transgresión del deber de selección objetiva[73], toda vez que la omisión de las publicaciones de ley impide la participación de los interesados y por ende la comparación entre los distintos oferentes.

8. Causales de nulidad

El problema jurídico planteado en el marco de la apelación se concreta en definir si se tipificaron o no las causales de nulidad previstas en la ley aplicable al procedimiento de contratación sub

júdice.

De conformidad con lo evidenciado en este proceso, considera la Sala que existen elementos de juicio suficientes para confirmar la declaración de nulidad del acto de adjudicación y declarar en igual forma la nulidad del contrato de promesa de compraventa, con fundamento en las siguientes causales contenidas en la Ley 80 de 1993:

"Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

"(...).

"2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

"(...).

"4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten".

Se advierte que la sentencia de primera instancia será modificada en cuanto a que en esa providencia se decidió dejar sin efecto la promesa de compraventa, cuando lo procedente, partiendo de la pretensión del ICA, de lo acreditado en el proceso y de las normas legales aplicables, era declarar la nulidad del referido contrato.

De acuerdo con las pruebas que se han descrito y valorado en esta providencia, se concluye que el proceso de selección abreviada GS-SA-01-32-2010 se enmarcó dentro de la modalidad de contratación permitida en el punto 2, literal e) del artículo 2º) de la Ley 1150 de 2007[74] para la adjudicación de bienes del Estado, empero se adelantó en violación de las normas legales de formación del precio mínimo de venta y de publicidad, que se transcriben a continuación:

"e) (...). En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

"En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

"(...).

"La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta" (se destaca en negrilla para el propósito de resaltar los requerimientos violados).

De lo expuesto en esta providencia, en resumen, frente a las disposiciones de los Decretos 4444 de 2008 y 2474 de 2008, reglamentarios de la Ley 1150 de 2007, también se advierte la transgresión de las normas bajo las cuales se debió adelantar la adjudicación del bien inmueble de propiedad de la entidad pública en el proceso de selección abreviada GS-SA-01-32-2010, así:

i) en los estudios previos y en la convocatoria no se identificaron correctamente los datos y el estado del bien, se afirmó la propiedad del 100%, pero lo cierto era que existían 14 lotes de los que solo se tenía la posesión; ii) el precio mínimo de venta no se ajustó con base en los ingresos (por ejemplo, cánones de arrendamiento) y los egresos (por ejemplo, los costos asociados al proceso de comercialización y los referidos al sostenimiento del inmueble); iii) el precio mínimo de venta no se publicó en un diario de amplia circulación y iv) la publicación del pliego de condiciones en el SECOP no se realizó con la debida antelación al acto de apertura.

Las normas del Decreto 4444 de 2008 que se vulneraron son, específicamente, las siguientes:

"Artículo 3. Estudios previos y convocatoria

"(...)

"Si se trata de bienes inmuebles en dicho aviso se señalará, por lo menos, el municipio o distrito donde se ubican, su localización exacta con indicación de su nomenclatura; tipo de inmueble; porcentaje de propiedad; número de folio de matrícula inmobiliaria; cedula catastral; uso del suelo; área del terreno y de la construcción en metros cuadrados; la existencia o no de gravámenes deudas o afectaciones de carácter jurídico, administrativo o técnico que limiten el goce al derecho de dominio; la existencia de contratos que afecten o limiten el uso; y la identificación del estado de ocupación del inmueble.

"Artículo 10. Avalúo comercial

"(...).

"El avalúo deberá tener una vigencia máxima de un año contado a partir de su expedición y encontrarse vigente al momento de determinar el precio mínimo de venta.

"Artículo 11. Precio mínimo de venta

"Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.

"La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien inmueble deberá tener en consideración las siguientes variables:

"1. Valor del avalúo: Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.

"2. Ingresos: Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos.

"3. Gastos: Se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo, tales como: (...).

"4. Tasa de Descuento: (...).

"7. Estado de saneamiento de los activos: Para efecto de determinar el estado jurídico de los activos, se tendrá en cuenta, además, si el mismo está saneado.

"(...).

"b) Activo no saneado transferible: Es el activo que presenta problemas jurídicos, técnicos o administrativos que limitan su uso, goce y disfrute, pero que no impiden su transferencia a favor de terceros.

"8. Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV): El precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

"La justificación de calcular esta relación es la de establecer el precio de referencia por el cual se puede enajenar el bien teniendo en cuenta el tiempo de comercialización y los costos en que incurre la entidad por ser la propietaria del activo" (la negrilla no es del texto).

En igual forma, se evidencia la violación de la regla de publicidad exigida en relación con el artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, el cual disponía:

"Artículo 9°. Publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo.

"(...).

"El proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura, en el caso de la licitación y concurso de méritos con propuesta técnica detallada (PTD), y con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la misma fecha, en la selección abreviada y concurso de méritos con propuesta técnica simplificada (PTS). La publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección" (la negrilla no es del texto).

La violación de las normas legales en el procedimiento de contratación administrativa sub júdice se encuentra demostrada en el proceso, con fundamento en las pruebas que se han relacionado en esta providencia.

Además, la ilegalidad evidenciada en el plenario en relación con la publicidad del procedimiento de selección abreviada, coincide con los hallazgos identificados por la Contraloría General de la República con ocasión de la denuncia presentada por parte de la nueva gerente general del ICA[75], de acuerdo con el oficio 2011EE8303 de 8 de febrero de 2011 que obra como prueba en el proceso. En lo que importa para este caso, se destaca lo siguiente:

"Proceso GC SA O1 -032- 2010 observamos

"(...).

"2) No aparece que la Entidad haya dado aplicación al Decreto 4444 de 2008 para determinar el precio mínimo de venta, al contrario, en el documentos de estudios previos publicado en el SECOP, el 11 de agosto de 2011, hacen referencia a que para determinarlo siguen los lineamientos del capítulo 4 del Código de Procedimiento Civil 'remate de bienes y pago al acreedor' en particular los artículos 523 y 524. En los pliegos de condiciones definitivos, publicados para este proceso se establece como fundamento normativo, el decreto 4444/08, sin embargo, la sustentación al mismo no parece reflejada en ningún documento del proceso conforme lo establece el artículo 13 de este decreto.

"3) Nótese que para la apertura del proceso el ICA, aun no contaba con la aclaración del

avalúo (...).

"(...).

"11) El proyecto de pliegos fue publicado en el SECOP desconociendo los alcances del artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, no fue publicado con los cinco días de antelación al auto que ordenó la apertura. Ambos se publicaron en la misma fecha, agosto 11 de 2010[76].

9. Consideraciones acerca del objeto ilícito por la supuesta inclusión de un banco de germoplasma

En este proceso no se acreditó que el banco de germoplasma ubicado en el predio El Mira constituyera patrimonio cultural de la Nación, como lo alegó el ICA[77].

Tampoco existen elementos de juicio suficientes para determinar que el área en la que se habría desarrollado el banco de germoplasma configurara una zona legalmente protegida por su diversidad biológica o por una clasificación jurídica del bien bajo la cual pudiera ser catalogado como inenajenable[78].

No desconoce la Sala que, de acuerdo con la regulación aplicable al ICA, el área del banco de germoplasma podía contener material genético de origen vegetal eventualmente bajo control de esa entidad para la investigación agrícola a cargo de la Nación[79] y que en ese supuesto se hubiera podido discutir si el bien inmueble – o por lo menos aquella zona destinada al banco de germoplasma - debió o no excluirse del plan de enajenación onerosa de predios de propiedad del ICA[80]. Sin embargo, se advierte que en este proceso no se demandó el acto administrativo mediante el cual el ICA incluyó la totalidad del predio El Mira en el plan de enajenación onerosa.

Así las cosas, desde la perspectiva que otorga este plenario, no se puede concluir acerca de la naturaleza jurídica del banco de germoplasma en el caso en cuestión, ni sobre las modalidades de contratación que podrían haberse desplegado en relación con el mismo.

En el acervo probatorio se observa que en la ficha de identificación del bien materia del proceso de selección abreviada se incluyó una observación escueta sobre la existencia del banco de germoplasma y de los testimonios se concluye que las partes no arribaron a un consenso acerca de que esa zona hiciera o no parte de la adjudicación y de la promesa de compraventa.

El representante legal suplente de FEDEPALMA, afirmó que no había claridad sobre ello, así:

"No tengo claro si en la promesa de compraventa se hacía relación expresa al banco de germoplasma, en la promesa se hacía relación expresa del pliego de condiciones donde figuraba el banco de germoplasma, inicialmente en el pliego de condiciones se hablaba de que el banco estaba en un área aproximada de 42 hectáreas, en razón de la enfermedad de la pudrición del cogollo, tuvimos información de que solo quedaban 13 hectáreas, la federación pretendía al momento de la escritura dejar claro el tema"[81].

Por su parte, el abogado que se desempeñó como coordinador del grupo de gestión contractual del ICA, indicó que el Banco de Germoplasma era propiedad del Estado y que la observación en la ficha técnica se hizo "con el fin de poner de presente la existencia del mismo". En forma categórica agregó que "dicho banco de germoplasma no hizo parte del proceso de venta".

En relación con la credibilidad que se cuestionó por el ICA sobre el dicho de este testigo -por

hallarse bajo investigación disciplinaria- la Sala encuentra que no tiene razones para apartarse de las antedichas afirmaciones, las cuales se pueden tomar como una de las pruebas de que no se pretendió enajenar el banco de germoplasma. Se agrega que de acuerdo con el plenario, la Procuraduría General de la Nación, mediante auto de 31 de octubre de 2012, habiendo realizado la investigación correspondiente, decidió ordenar el archivo parcial de las diligencias de indagación preliminar[82], por no encontrar al referido profesional como responsable de la falta disciplinaria que se le imputó.

.

Como consecuencia, no procede calificar que el proceso de selección abreviada o la promesa de compraventa celebrada entre las partes de este proceso hubieran adolecido de un objeto ilícito por razón de la mención que se hizo sobre el banco de germoplasma.

10. La no exigencia de la pluralidad de ofertas para la subasta electrónica en la adjudicación de bienes del Estado de que trata el literal e) del numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

Se reitera la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, exigieron la libre concurrencia y la selección objetiva en la contratación, empero, tal como ha advertido esta Corporación, la Ley 1150 de 2007 no impuso la regla general de la pluralidad efectiva de oferentes dentro de la subasta, como requisito de la adjudicación.

En el escenario de la acción de nulidad impetrada contra diversas normas del Decreto 2474 de 2008[83], la Sala Plena anuló algunas disposiciones de la reglamentación de la selección abreviada, por considerar que estructuraban un proceso en el que no se garantizaba la participación de la pluralidad de oferentes.

Respecto de la contratación directa, de manera general refiriéndose al contenido normativo de la selección objetiva, la Sala Plena consideró lo siguiente:

"5.3.5.3. La selección objetiva, entonces, como regla de conducta impone que siempre, en toda actuación contractual, ella debe estar presente. Así, por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en todas las modalidades de contratación previstas en la ley, incluida la contratación directa, debe atenderse tal deber como expresión del interés general o interés público.

"(...).

"Al respecto, en términos generales, puede señalarse que la regulación contenida en la Ley 80 de 1993 superó una de las dificultades más habituales en presencia del estatuto anterior (Decreto – Ley 222 de 1983, artículo 30 número 2, letra i y 42 número 1), pues consideró procedente la adjudicación de contratos sometidos a licitación pública cuando sólo se presentaba una propuesta. Sobre este particular, la Sala sostuvo:

"(...).

"Se desprende de lo indicado, que si bien, en general, la comparación de ofertas es un mecanismo que garantiza el deber de selección objetiva, no es una *conditio sine qua non* para tales propósitos, pues existen otros métodos por cuya virtud tal deber puede ser cumplido. En tal sentido, la Sala no halla fundados los reproches presentados por el actor".

"(...).

"Adicionalmente, dentro de la regulación correspondiente a la selección objetiva, la Ley 1150 de 2007 establece que en el proceso de escogencia y calificación que adopten las entidades, tendrán en cuenta los criterios que allí se indican. Entre ellos se señala que la '...entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello'. Así las cosas, de la norma se deriva que en el proceso de selección objetiva serán procedentes tanto las comparaciones de los ofrecimientos recibidos, unos con otros, y estos con los estudios efectuados por la entidad. Ante la ausencia de pluralidad de ofertas –situación que, por lo demás debería ser excepcional, así como lo debe ser acudir a la modalidad de contratación directa, pues memórese que la regla general es la licitación pública en garantía de la máxima publicidad y concurrencia en la contratación estatal–, será procedente comparar el único ofrecimiento con los criterios objetivos elaborados por la entidad. En este evento, por lo tanto, los métodos a los que se debe acudir para garantizar la selección objetiva se ven reducidos en comparación con las demás modalidades de contratación, en tanto no hay comparación de ofertas, sin que ello implique que se incumpla con tal regla, pues persiste, necesariamente una confrontación de la única oferta con los estudios previos que elaboró la entidad, lo cual ofrecerá la objetividad necesaria para evitar imparcialidad en la contratación de los bienes o servicios de que se trate"[85].

En el análisis de los cargos en la acción de nulidad incoada contra el reglamento de enajenación de acciones de ISAGEN, por razón de la subasta adelantada con un oferente único (bajo el régimen de la Ley 226 de 1995), la Sección Cuarta del Consejo de Estado razonó de la siguiente manera, acerca de la concurrencia de un oferente único a la subasta:

"Por norma general, no es imperativa la presentación plural de ofertas dentro del procedimiento contractual correspondiente, ya que la obligación de la administración es la de asegurar condiciones que garanticen una libre participación de los interesados, no su efectiva concurrencia: obligar a los entes públicos o privados a participar en un proceso determinado vulnera, en principio, la libertad de empresa y, por ende, de competencia. **De ahí que ante la concurrencia de un oferente único, siempre que se garanticen las condiciones dichas, sea factible su selección**, cuando su oferta sea la más favorable para la administración por cumplir con los requisitos y condiciones objetivas dispuestas en el acto que regula el proceso.

"Siendo esa la regla general en materia de libertad de concurrencia, **su derogatoria o excepción requiere una norma especial o exceptiva que establezca un contenido o alcance diferente del principio**. En esa medida, solo puede descartarse cuando el legislador o el gobierno prohíben la posibilidad de un único oferente mediante reglas especiales.

"2.1.1.3.- En los procesos de asignación del espectro electromagnético con pluralidad de interesados, supuesto del 'Tercer Canal', existió una regla especial que requería la pluralidad de oferentes durante todo el proceso contractual. Ese fue el alcance que de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó en la sentencia del 14 de febrero de 2012[86] para el inciso 3º del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, lo que explica, entonces, que no se aplicara la regla general de la libre concurrencia.

"Sin embargo, en la enajenación de la participación estatal en Isagen no existe una regla especial que exceptúe la aplicación de la norma general que opera en materia de libre concurrencia. El artículo 60 superior, la Ley 226, los Decretos por medio de los que se aprobó el programa de

venta de participación accionaria de la Nación en la empresa[87], y el Reglamento parcialmente acusado, no prevén la presentación plural de oferentes durante el proceso de privatización, como parte de la libertad de concurrencia.

"Luego, en este caso, no es procedente descartar la regla general que opera en materia de libre concurrencia: posibilidad de oferta única."[88] (la negrilla no es del texto).

En el caso concreto, en el proceso de selección abreviada con adjudicación por la modalidad de subasta electrónica que ahora ocupa la atención de la Sala, se requería de una convocatoria abierta, previa publicación de los bienes y su precio base de venta en un diario de amplia circulación, para que se pudieran presentar los oferentes interesados. No obstante, la pluralidad efectiva de posturas o lances en la subasta electrónica no era un requisito legal para proceder a la adjudicación del bien.

En otras palabras, la Ley 1150 de 2007 dispuso que se debía publicar en un diario de amplia circulación la lista de bienes y el precio base de la venta, esto es, avisar en forma abierta, lo cual se entiende como equivalente a la exigencia de pedir ofertas, en búsqueda de la pluralidad. No obstante, si sólo se recibía una oferta, ello no era óbice para adelantar la subasta y adjudicar al mejor oferente, aunque solo uno fuera.

Debe reiterarse que en el proceso de selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado, previsto en el literal e) del punto 2, artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 se dispuso que **"La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base"** lo cual se entiende como una norma especial contentiva de un mecanismo imperativo para asegurar la publicidad de los bienes y de su precio base de venta y, con ello, garantizar la oportunidad de la libre concurrencia de interesados en participar en la adjudicación de bienes del Estado.

Empero, en el supuesto que ahora se estudia, ni la ley ni el reglamento contenido en el Decreto 4444 de 2008 exigieron la pluralidad efectiva de ofertas para proceder al mecanismo de subasta electrónica.

Como consecuencia, se repite, la exigencia de la Ley 1150 de 2007 se refiere a que el proceso de enajenación onerosa debe estructurarse dándole la publicidad propia para que se permita la libre concurrencia y la pluralidad de ofertas, empero, si pese a ello no se presentan varias ofertas, la subasta directa puede adelantarse con el único oferente. Se agrega que el oferente puede o no realizar un lance por valor superior al precio base de su oferta.

Se puntualiza que en el proceso sub júdice no era pertinente invocar el artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 que se refirió a la verificación de requisitos en la subasta inversa[89], para el evento de ampliar el plazo a los oferentes no habilitados, puesto que allí mismo se dispuso la viabilidad de la adjudicación al oferente único[90], además de que el proceso sub júdice era de subasta directa y en las disposiciones generales del Decreto 2474 de 2008, en el artículo 90, se contempló la adjudicación al oferente único[91]. Se agrega que la enajenación onerosa de bienes del Estado tenía una reglamentación especial en el Decreto 4444 de 2008.

De esta manera, se concluye que FEDEPALMA no sufrió una mayor carga económica por el hecho de que se hubiera exigido el mecanismo de subasta electrónica, aunque era el único proponente que se había presentado.

Por el contrario, en ese aspecto, el ICA siguió lo previsto en el pliego de condiciones.

Se desestiman, entonces, las imputaciones acerca de la ilegalidad de la subasta electrónica realizada en este caso con un único proponente.

Sin embargo, se reitera que la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de promesa de compraventa que se declarará en esta providencia obedece, entre otras causas, a que en el procedimiento de contratación no se dio oportunidad para la libre concurrencia de oferentes, por la omisión de la publicación del precio base de la subasta en un diario de amplia circulación, conducta que fue cometida en violación de las exigencias especiales contenidas en el literal e) del punto 2, artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, previstas para un procedimiento de adjudicación de bienes del Estado que se regía por esa Ley.

11. Restitución del precio pagado

Teniendo en cuenta que procede declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa, la Sala dará aplicación al artículo 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas[92], en este caso a favor de FEDEPALMA. Esta condena comprende la restitución de precio pagado por FEDEPALMA, debidamente actualizado con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor.

Se aclara que no hay lugar a enfocar la liquidación de la condena desde la perspectiva del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, toda vez que esa norma se refiere al contrato de ejecución sucesiva y a los eventos de la nulidad decretada por objeto y causa ilícita[93]. En el presente caso la promesa de compraventa era un contrato de ejecución instantánea, además de que no se puede enmarcar el supuesto sub lite en la ejecución sucesiva de prestaciones por parte de FEDEPALMA, cuyo reconocimiento por parte del Estado estuviera supeditado al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, que no procede apreciar si las prestaciones recibidas por el ICA fueron o no en beneficio del interés general, como alude la norma citada. Lo cierto es que en este proceso se acreditó que el precio se pagó y debe ser restituido como efecto de la declaración de nulidad.

Corresponde, por tanto, determinar el precio recibido por razón del contrato de promesa de compraventa que el Estado debe devolver.

De acuerdo con la certificación expedida por el ICA se demostró que esa entidad recibió la suma de \$4.165'000.000 en cuatro contados, registrados en el mes de octubre de 2010[94], por concepto del precio total pactado en la promesa de compraventa. No obstante, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario el primer contado correspondió a la consignación realizada el 13 de agosto de 2010, para participar en el proceso de selección; el segundo contado se realizó el 23 de septiembre de 2010, previo a la firma de la promesa de compraventa y los dos últimos pagos se realizaron el 27 de octubre de 2010.

Como consecuencia, se actualiza la condena a cargo del ICA, correspondiente a la restitución del precio recibido, teniendo en cuenta el mes en que se realizó cada una de las consignaciones, con base en la siguiente fórmula:

Valor actualizado = Valor histórico x índice final[95] / índice inicial

Valor actualizado 1, calculado sobre el monto del primer contado consignado el 13 de agosto de 2010[97]

Valor actualizado = \$830'000.000 x 137,40/104,59[98]

Valor actualizado 1= \$1.090'371.928

Valor actualizado 2, calculado sobre el monto del segundo contado consignado el 23 de septiembre de 2010[99]

Valor actualizado 2 = \$833'000.000 x137,40/104,45[100]

Valor actualizado 2 = \$1.095'779.798

Valor actualizado 3, calculado sobre el monto del tercer y del cuarto contado consignado el 27 de octubre de 2010[101]

Valor actualizado 3 = \$2.502'000.000 x137,40/104,36[102]

Valor actualizado 3 = \$3.294'124.185

Total valor actualizado[103]: \$5.480'275.911

12. Análisis de los perjuicios reclamados

La Sala observa que en la acción de lesividad el Estado puede demandar su propio acto, lo cual se entiende en protección de la legalidad. Sin embargo, en el caso de que se trate de un acto de carácter particular, el Estado está obligado a indemnizar el perjuicio que la anulación del acto impugnado le cause al administrado por razón de la privación de los derechos que el respectivo acto administrativo le había conferido.

En ese sentido, se encuentra que procede la solicitud de FEDEPALMA para que, aún en el evento de confirmar la sentencia la nulidad, se valoren las pruebas para determinar si se causaron o no los perjuicios que afirmó haber sufrido.

12.1. Observaciones acerca del contrato de arrendamiento con CORPOICA

De acuerdo con las pruebas, mediante contrato de arrendamiento 0036 suscrito el 2 de enero de 2007, el ICA entregó a CORPOICA, en arrendamiento, "el bien inmueble denominado CENTRO DE INVESTIGACIONES CI EL MIRA, ubicado en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño, con los terrenos, las construcciones y las instalaciones. Los linderos generales se describen en la Escritura 5515 del 30 de diciembre de 1978 de la Notaria Segunda de Bogotá".

De conformidad con el citado contrato de arrendamiento, el inmueble se debía destinar a tres proyectos: "Proyecto 1. Respuesta fisiológica y productiva de los diferentes genotipos de material comercial Ténera de palma de aceite a variaciones en la disponibilidad del agua; Proyecto 2. Evaluación de materiales genéticos de palma de aceite 'Elaeis Oleifera' frente a la enfermedad mancha anular (...); Proyecto 3. Manejo de pudrición el cogollo de la palma de aceite (...)"[104]..

Según se lee en el contrato, el término pactado para la duración del contrato fue de 15 años, en atención a la cuantía de las inversiones y el periodo de maduración de los proyectos.

Teniendo en cuenta que la escritura pública citada en el contrato de arrendamiento contenía la protocolización de la Resolución No. 1119 de 27 de octubre de 1977, expedida por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA, mediante la cual se adjudicó al Instituto Colombiano Agropecuario ICA el terreno denominado Granja Experimental El Mira, cuya extensión era de 449 hectáreas y 8.500 metros cuadrados[105], se establece que la totalidad de esa área estaba arrendada a CORPOICA.

También se observa que en la promesa de compraventa se hizo referencia a la terminación prevista en la cláusula décima segunda del contrato de arrendamiento 0036 CI MIRA.

Es cierto que en dicha cláusula el ICA y CORPOICA convinieron que el contrato de arrendamiento se daría por terminado de manera bilateral en caso de venta del inmueble. Empero, de acuerdo con la misma cláusula, se sometió la entrega del bien "a la culminación del ciclo productivo de la actividad que se encuentre en ejecución"[106].

De conformidad con los considerandos del contrato de arrendamiento, los ciclos de producción estimados oscilaban entre 5 y 10 años, así:

"3) Ciclos genéticos de especies perennes extremadamente largos (10 años por ciclo) y de pruebas progenies (10 años/prueba). 4) La necesidad en el mejoramiento de palma de aceite, de evaluaciones de campo y nivel demostrativo comercial en centro de investigación que involucren mínimo cinco años de registros de producción. 5) El largo período de recuperación de las inversiones realizadas y por realizar para el establecimiento y mantenimiento de nuevos lotes de palma de aceite, requeridos para el proceso de investigación y evaluaciones demostrativas comerciales (mínimo 6 a 8 años)".

Al margen, se agrega que de conformidad con el Decreto 4444 de 2008 y con el texto del contrato de arrendamiento, el acuerdo contractual debía cederse en los mismos términos y condiciones en que se encontraba suscrito.

Aunque en este proceso prevalecerán las pretensiones de nulidad frente a las de incumplimiento del contrato, se trae a colación lo anterior con el propósito de completar el análisis de las pruebas que deprecó FEDEPALMA en la apelación, para el propósito de evaluar la pretensión orientada al reconocimiento de perjuicios.

Se advierte que con base en el contenido del contrato de arrendamiento, las pretensiones indemnizatorias planteadas por FEDEPALMA no resultan soportadas si se observa que esa entidad entraría en la explotación del inmueble después de cumplidos los ciclos productivos de los proyectos de CORPOICA, de acuerdo con el contrato de arrendamiento.

En ese mismo orden de ideas, se agrega que tampoco se puede aceptar como prueba idónea de los perjuicios la proyección financiera contenida en la certificación del contador público de la demandante[107], realizada con base en el resultado del campo experimental denominado Palmar de la Vizcaína, ubicado en Barrancabermeja, amén de que las condiciones de equivalencia de los campos solamente fueron afirmadas por la demandante, mas no aparecen probadas en el proceso.

Advierte la Sala que la demandante acreditó que el ICA había declarado el estado de emergencia fitosanitaria en el municipio de Tumaco, mediante Resoluciones 3087 de 18 de agosto de 2009, 2685 de 18 de agosto de 2010 y 1022 del 23 de febrero de 2011[108]. De esta manera, en relación con la prueba del perjuicio que se allegó en el presente proceso, no se encuentra fundamento para tomar como base una proyección financiera elaborada por la demandante sobre un campo en producción, en una zona diferente, con supuestos diversos en materia de costos de sostenimiento y ajenos a las restricciones del estado de emergencia fitosanitaria declarado en el municipio de Tumaco, además de las restricciones propias del contrato de arrendamiento del inmueble materia de la promesa de venta.

12.2. Lucro cesante

Acerca de la pretensión de que el ICA sea condenado a pagar perjuicios por "los intereses que han generado los valores oportunamente pagados por Fedepalma", se observa que en el recurso de apelación FEDEPALMA reiteró la reclamación correspondiente para que se le reconocieran los perjuicios causados por el ICA.

Asiste la razón a la demandante, aunque en este caso la condena no corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento, sino al restablecimiento a que tiene derecho por razón del pago realizado bajo un acto de adjudicación y de un contrato que fueron impugnados por la propia entidad estatal y que serán materia de la anulación.

Ahora bien, se conoció en este proceso que el ICA manifestó que invertiría las sumas recibidas en TES, mientras que se resolvía el litigio, lo cual se corresponde con el régimen de inversión de los excedentes de liquidez de esa entidad[109].

Por tanto, se condenará al ICA a pagar el valor que corresponda a la utilidad efectiva obtenida del portafolio invertido en TES, con base en la suma entregada por FEDEPALMA.

Por ello, la condena a pagar perjuicios se impondrá en abstracto, de acuerdo con los siguientes parámetros:

En caso de que se promueva el incidente, el ICA deberá presentar la relación de las inversiones realizadas con el precio recibido de FEDEPALMA, el detalle la liquidación del portafolio y el valor de la utilidad obtenida, debidamente certificada por su contador público, soportada con fundamento en los registros contables del ICA.

En caso que el ICA no haya constituido una inversión o portafolio independiente con la suma recibida de FEDEPALMA, la indemnización correspondiente se liquidará con intervención de peritos los cuales deberán dictaminar la utilidad en venta correspondiente a un portafolio de referencia constituido en TES clase B, por valor de \$4.165'000.000.00, tomando como fecha de inversión inicial el 6 de noviembre de 2010[110] y como fecha de liquidación, la de la presente sentencia.

El respectivo incidente, en caso de que se promueva, se deberá adelantar bajo los parámetros antedichos, en los términos del artículo 172 del CCA.

Finalmente, respecto del perjuicio que se ha mencionado este acápite, es pertinente observar que en su momento FEDEPALMA optó por rechazar la propuesta que el ICA le presentó el 19 de enero de 2011[111], para dejar sin efecto la promesa de compraventa y realizarle la restitución inmediata del precio pagado, "más los rendimientos financieros que a la fecha han generado los TES".

Sin embargo, por razón de esa conducta no puede entenderse que FEDEPALMA asumió el costo de oportunidad del dinero que dejaría en poder del ICA, hasta que el litigio se resolviera, toda vez que la oferta de devolución del precio se le presentó con una propuesta de transacción que le implicaba renunciar a discutir su derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, se concederá el perjuicio equivalente al lucro cesante, bajo los parámetros que han sido relacionados en este acápite.

12.3. Gastos

En relación con el reconocimiento de otros gastos que FEDEPALMA reclamó por participar y resultar adjudicataria y por atender las contingencias internas que esta situación le generó, la Sala aprecia que el pliego de condiciones no tuvo costo -de acuerdo con el artículo parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[112].

Por otra parte, en el litigio sub júdice no son admisibles como prueba del perjuicio las certificaciones de la oficina de gestión humana de la demandante[113], toda vez que en ellas se limitó a certificar una prorrata de los salarios del presidente ejecutivo, de los directores y jefes que tuvieron participación en la atención de las contingencias administrativas.

Se observa que los costos fijos referidos en la certificación que aportó la demandante hacían parte de la actividad administrativa que necesariamente tenía que desplegar la entidad para su propio funcionamiento, además de que, en este caso, FEDEPALMA había asumido el proyecto con más de un año de anterioridad a la convocatoria de la selección abreviada, en desarrollo de su propia gestión, específicamente por razón de las acciones de mejoramiento que definió para apoyar a sus agremiados, según se acreditó en las siguientes comunicaciones:

12.3.1. Comunicación del 8 de julio de 2009, mediante la cual el director ejecutivo de FEDEPALMA manifestó al ICA su interés en conocer las condiciones económicas y financieras para la adquisición de tres terrenos, entre ellos los del C.I. El Mira en Tumaco Nariño:

"De acuerdo con las conversaciones sostenidas recientemente con Usted, quiero manifestarle nuestro interés en conocer por parte de ese Instituto y del Gobierno Nacional, las posibilidades y eventuales condiciones económicas y financieras para la adquisición de unos terrenos, cada uno aproximadamente de 300 hectáreas parte de los predios: C.I. El Mira en Tumaco, Nariño (...) lo cual tiene como propósito que el gremio palmero pueda dotar a la Corporación Centro de Investigación en Palma de Aceite, Ceniplama, con una infraestructura básica para la investigación en palma de aceite (...).

"(...).

"Tal como le comenté, nuestra Federación ha tenido desde hace varios años gran interés en dinamizar la investigación en palma de aceite en dichos centros de investigación públicos, lo cual infortunadamente para nuestro sector y para el país no se ha logrado. Si bien Corpoica ha sido el depositario de esa infraestructura para investigación de palma de aceite desde principios de la década de los años 90, es una realidad que su priorización y la disponibilidad de recursos para investigación no han favorecido en nada nuestro sector"[114].

12.3.2. Comunicación del 24 de julio de 2009, contentiva del plan de mejoramiento que FEDEPALMA presentó al Contralor Delegado para el Sector Agropecuario, en la cual acreditó las acciones orientadas a cumplir con el propósito de desarrollar centros de investigación propios, a través de Ceniplama. En dicha comunicación se indicó:

"No obstante considerar que el tema de la adquisición de los campos experimentales no debería ser objeto de vigilancia por parte de la Contraloría, con carta dirigida al ICA y la respectiva copia enviada al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, damos por cumplida la acción correctiva de solicitar apoyo del Gobierno nacional para la adquisición de terrenos con el fin de establecer campo experimentales en las tres zonas palmeras"[115].

Como conclusión, la anulación del acto de adjudicación no conlleva la reparación de los

perjuicios por concepto de los gastos que señaló la demandante.

Sin embargo, se ordenará la condena en costas a favor de FEDEPALMA, para resarcir los gastos del proceso, en los que tuvo que incurrir FEDEPALMA como consecuencia de la acción impetrada por el ICA contra sus propios actos.

13. Costas

Para este proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de conformidad con la conducta de las partes.

Habida cuenta de que el ICA demandó sus propios actos, se deben reconocer las costas causadas con ocasión de la atención de la demanda en reconvención, a favor FEDEPALMA, incluyendo las agencias en derecho, que serán fijadas por auto del ponente y se tendrán en cuenta dentro de la liquidación que se adelantará por Secretaría de la Sección Tercera.

Como consecuencia, se ordenará la liquidación de las costas por la Secretaría de la Sección Tercera.

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

F A L L A

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento presentado por Consejero de Estado, Carlos Alberto Zambrano Barrera.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de abril de 2014 y, en su lugar, se dispone:

1º DECLÁRASE la nulidad de la Resolución 3098 del 17 de septiembre de 2010, proferida en el proceso de selección abreviada GC-SA-01-032-2010, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

2º DECLÁRASE la nulidad del contrato de promesa de compraventa No. 002 de 30 de septiembre de 2010 y del Otrosí No. 01 de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

3º CONDÉNASE al Instituto Colombiano de Agricultura – ICA- a pagar a la Federación Colombiana de Cultivadores de Palma de Aceite –FEDEPALMA-, la suma de cinco mil cuatrocientos ochenta millones doscientos setenta y cinco mil novecientos once pesos m/cte (\$5.480'275.911), por concepto de restitución del precio pagado, como consecuencia de la nulidad que ha sido declarada en esta sentencia.

4º CONDÉNASE en abstracto al Instituto Colombiano de Agricultura – ICA- a pagar a la Federación Colombiana de Cultivadores de Palma de Aceite –FEDEPALMA-, el monto equivalente al lucro cesante, de acuerdo con los parámetros establecidos en esta sentencia.

5º Se deniegan las demás pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención.

SEGUNDO: CONDÉNASE EN COSTAS al Instituto Colombiano de Agricultura – ICA- a favor de la Federación Colombiana de Cultivadores de Palma de Aceite. Por secretaría de la Sección

Tercera se deberán liquidar las costas.

TERCERO: Por secretaría expídanse a las partes las copias auténticas de la sentencia, con su constancia de ejecutoria.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

[1] Folios 395 vuelto y 396, cuaderno principal segunda instancia.

[2] Folio 47 vuelto, cuaderno 1.

[3] En esta providencia se podrá denominar: FEDEPALMA.

[4] En esta providencia se podrá denominar: ICA.

[5] El detalle del cuadro incorporado en la demanda no se transcribe por razones de espacio.

[6] El detalle del cuadro incorporado en la demanda no se transcribe por razones de espacio. Se citará en la parte pertinente.

[7] Folio 2, cuaderno 3.

[8] Folios 57 a 76, cuaderno 1.

[9] De acuerdo con la comunicación de 16 de septiembre de 2010, folio 107 y 108, cuaderno 5.

[10] "ART. 1º-Para efectos de la presente resolución, recursos germoplásmicos se define como el conjunto de materiales genéticos, conformados por introducciones, materiales básicos o compuestos germoplásmicos promisorios, líneas endogámicas, progenitores de cruzamientos intra e interespecíficos, generaciones segregantes de tales híbridos, variedades mejoradas, variedades sintéticas, variedades multilineales e híbridos registrados".

[11] Folio 69, cuaderno 2.

[12] Folios 394 vuelto y 395, cuaderno principal segunda instancia.

[13] Folios 475 a 478, cuaderno principal segunda instancia.

[14] Folio 464, cuaderno principal

[15] Artículos 2 y 75.

[16] El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007. Igualmente

constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

[17] El Instituto Colombiano Agropecuario ICA es un establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto 1562 de 1962, reestructurado a través de diversos decretos, entre otros, el Decreto 4765 de 2008.

Decreto 4765 de 2008. "Artículo 2. Naturaleza jurídica. El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, creado y organizado conforme al Decreto 1562 de 1962, es un Establecimiento Público del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural".

[18] De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2011, toda vez que la demanda se presentó el 25 de abril de 2011 y el recurso de apelación se interpuso el 8 de mayo de 2014, en vigencia de la Ley 1450 de 2011, en la cual se dispuso la aplicación del artículo 57 del CPACA.

[19] La Ley 1450 de 2011, que entró a regir el 16 de junio de 2011, dispuso la aplicación de las cuantías consagradas en el CPACA para conocer de la segunda instancia de los procesos con demandas presentadas antes del 2 de julio de 2012, así:

"Artículo 198. Descongestión por razón de la cuantía en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Con el propósito de evitar la congestión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, en los procesos que cursen o deban cursar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en relación con los cuales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley no se hubiere notificado en debida forma el correspondiente auto admisorio de la demanda o cuando este no se hubiere expedido y cuyas demandas se presenten hasta antes del 2 de julio de 2012, la competencia por razón de la cuantía se determinará con sujeción a las reglas consagradas en el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011".

De acuerdo con el artículo 157 del CPACA:

"Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor".

[20] La acción se determina de acuerdo con el contenido de la pretensión y dentro del contexto de la causa petendi expuesta al debate judicial.

[21] **"e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.**

"En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

"En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el

precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

"(...).

"Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

"La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta" (la negrilla no es del texto).

[22] **"Artículo 11. Precio mínimo de venta**

"Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.

"La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien inmueble deberá tener en consideración las siguientes variables:

"1. Valor del avalúo: Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.

"2. Ingresos: Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos.

"3. Gastos: Se refiere a la totalidad de los **gastos en que incurre la entidad**, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, **la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo**, tales como: (...)"

"8. Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV): El precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada" (la negrilla no es del texto).

[23] "Artículo 7° Modifícase el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 4637 de 2008, el cual quedará así:

"Artículo 1°. "El acto mediante el cual se adopte el Plan de Enajenación Onerosa deberá publicarse en la página web de la entidad y en un diario de amplia circulación nacional dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su expedición. De igual manera, deberá enviar copia de dichos actos a Central de Inversiones S. A., CISA, dentro de los diez (10) días siguientes a su publicación".

[24] Folio 45, cuaderno 2, idéntico texto en el folio 18 cuaderno 5.

[25]

Folio 30, cuaderno 5.

[26]

Folio 58, cuaderno 5.

[27]

Folio 58, cuaderno 5.

[28]

58, cuaderno 5.

[29]

Folios 4 a 51, cuaderno 2.

[30]

Folio 25, cuaderno 2

[31] Folio 25, cuaderno 2.

[32] Folio 81, cuaderno 7.

[33] Folio 80, cuaderno 7. Comunicación con sello de recibido de la recepción del edificio (calle 20 No. 43A - 50). También obra copia parcial dirigida al Presidente de FEDEPALMA (Cra 10ª No. 69 A -44), folio 79, cuaderno 7.

[34]

La carátula del avalúo dice "ABRIL DE 2010".

[35] Folio 86, cuaderno 7.

[36]

Pliego de condiciones, página 39 de 50, folio 107, cuaderno 7.

[37] Folio 163, cuaderno 7.

[38] Folio 74, cuaderno 6.

[39]

Páginas 4 y 5 de la minuta de estudios y documentos previos, folios 168 y 169, cuaderno 7.

[40]

Páginas 39 y 40, pliego de condiciones, folios 211 y 212, cuaderno 7.

[41] Folio 164, cuaderno 7.

[42]

Páginas 4 y 5 de la minuta de estudios y documentos previos, folios 168 y 169, cuaderno 9.

[43] Página 5 de 8.Minuta de Estudios y Documentos Previos, folio 169, cuaderno 7.

[44] Folio 279, cuaderno 7.

[45]

Pliego de Condiciones, Página 39 de 49, folio 292, cuaderno 7.

[46] **"En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional"** (la negrilla no es del texto).

[47] Valor de Avalúo, ajustado con el flujo de gastos e ingresos.

[48] Folio 123, cuaderno 7.

[49] Folios 425 a 477, cuaderno 7.

[50] Folios 402 a 407, cuaderno 7.

[51] Folio 54, cuaderno 2.

[52] La planta de biodisel aparecía en el renglón 10 de las construcciones, según los avalúos.

[53] Folio 108, cuaderno 5.

[54] Firmado por el ingeniero César Augusto Vallejo, coordinador de avalúos y Orlando Caicedo Presidente de la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo, folio 84, cuaderno 5.

[55]

Folio 84, cuaderno 5.

[56] Folio 110, cuaderno 5, considerandos de la Resolución 3098 de 2010.

[57] Folio 475, cuaderno 6.

[58]

Página 25 del avalúo, folio 84, cuaderno 5.

[59]

Página 25 del avalúo, folio 26, cuaderno 2.

[60]

Página 25 del avalúo, Folio 83, cuaderno 5.

[61] Folio 73 cuaderno 5.

[62] **"CLÁUSULA PRIMERA.OBJETO.** Que el PROMETIENTE VENDEDOR en nombre y

representación del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA, promete vender y EL PROMETIENTE COMPRADOR promete comprar: **a)** El derecho pleno de dominio y propiedad, la posesión plena que el primero de los nombrados en la actualidad tiene y ejerce sobre el bien inmueble consistente en predio rural, ubicado en el municipio de Tumaco – Nariño, con un área o extensión superficiaria aproximada de 449 hectáreas más 8.500 m², tal como consta en el avalúo comercial realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo, **b) Posesión y mejoras de los lotes que actualmente tiene y goza el PROMETIENTE VENDEDOR que se encuentra dentro de la demarcación del predio EL MIRA y que entre otros se encuentran identificados con los folios de matrícula inmobiliaria descritos en la cláusula segunda del presente contrato. PARÁGRAFO:** Dentro de la presente promesa de compraventa se incluyen también los servicios de los que actualmente goza el inmueble tales como energía eléctrica, acueducto, alcantarillado, teléfono y gas. **CLÁUSULA SEGUNDA. CABIDA Y LINDEROS.** El predio objeto de la presente promesa de compraventa, en adelante EL INMUEBLE, está conformado por 15 lotes cuyos linderos se describen a continuación: **I)** matrícula inmobiliaria 252-0001.201: terreno denominado GRANJA EXPERIMENTAL EL MIRA, ubicado en el paraje Tangarelal, corregimiento Jorge H. Leal, con una cabida superficiaria de 449 Ha + 8.500 m², distinguido por los siguientes linderos, (...); **II)** LOTE NÚMERO UNO, matrícula 252-0001.767 y 252-0011.863 de José Higinio Cortés(...); **III)** LOTE NÚMERO DOS, de Dionisio Ruiz con una extensión calculada de dos (2) hectáreas, dos mil metros (...); **IV)** LOTE NÚMERO TRES, matrícula inmobiliaria 252-0001-771 de Moisés Bagui (...); **V)** LOTE NÚMERO CUATRO de Maria Berta Cuero, con una extensión que ha sido calculada en una (1) hectárea seis mil metros; **VI)** LOTE NÚMERO V matrícula inmobiliaria 252.001.770 de Justo Vallecilla con una extensión que ha sido calculada en dos (2) hectáreas siete mil quinientos metros cuadrados (...); **VII)** Lote número seis matrícula inmobiliaria 252.001.769 de Dionisio Ruiz con una extensión que ha sido calculada en una hectáreas dos mil metros (2000) cuadrados **[sigue la descripción hasta el LOTE NÚMERO CATORCE]**. No obstante la cabida y linderos la venta se hace como cuerpo cierto, en el estado jurídico y condiciones físicas en que se encuentra. PARAGRAFO: No obstante la anterior relación de cabida y linderos, el predio EL MIRA se vende como cuerpo cierto".

[63] El asunto estaba reglamentado específicamente en el artículo 11 del Decreto 4444 de 2008, así:

"8. Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV): El precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

[64] "En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y **ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento**, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional" (la negrilla no es del texto).

[65] **"Artículo 11. Precio mínimo de venta**

"Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.

"La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien inmueble deberá tener en consideración las siguientes variables:

"1. Valor del avalúo: Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.

"2. Ingresos: Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos.

"3. Gastos: Se refiere a la totalidad de los **gastos en que incurre la entidad**, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo, tales como: (...)" (la negrilla no es del texto.)

[66] Decreto 2474 de 2008. Artículo 8. Publicidad del procedimiento en el Secop.

"La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

"La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección: (...)"

[67] Decreto 4444 de 2008. Artículo 5. Publicidad del proceso.

"El SECOP será el mecanismo de publicidad de las actividades y asuntos propios del proceso de enajenación de bienes a que se refiere el presente decreto. Para tal efecto se aplicará lo establecido en el artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

"En el evento en que no esté disponible el SECOP para estos efectos, la entidad publicará en su página web lo relacionado con la enajenación. En ambos casos la publicación deberá hacerse en la página web del promotor, banca de inversión, martillo, comisionista de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, la sociedad Central de Inversiones CISA S.A., o cualquier otro intermediario idóneo.

"Parágrafo. El listado de bienes a ser enajenados y la indicación del precio mínimo de venta de cada uno de ellos podrá ser publicado por la entidad y su intermediario en un diario de amplia circulación nacional".

[68] Requisito exigido en la Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal e), último inciso y en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 4444 de 2008.

[69] Folio 281, cuaderno 5.

[70] De acuerdo con lo acreditado en el proceso, mediante Resolución 001185 de 25 de marzo de 2010, "por la cual se adopta el plan de enajenación onerosa del Instituto Colombiano Agropecuario", se modificó la Resolución 126 de 18 de enero de 2010, en cuanto a los bienes y valores de los inmuebles, entre ellos, el denominado "El Mira", que se relacionó con los siguientes datos:

"Folio de Matrícula Inmobiliaria"	Dirección/Nombre	Departamento –Municipio	Tipo de Inmueble	Área	Valor Avalúo Comercial
252-0001201	El Mira	Nariño –Tumaco	Rural-Finca	5.400.500m2	8.294'985.000"

[71] Folio 384. cuaderno 5. La publicación simultánea del proyecto de pliegos y de la resolución de apertura del proceso de selección abreviada se evidencia en el detalle de la prueba allegada al proceso en los folios 190 y 191 del cuaderno 5.

[72] Artículo 209 C.P.

[73] Artículo 29 Ley 80 de 1993.

[74] "Artículo 2°. (...). 2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

"(...).

"Serán causales de selección abreviada las siguientes:

"(...).

e). La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995".

[75] Folios 371 a 382, cuaderno 5

[76] Folio 384. cuaderno 5. La publicación simultánea del proyecto de pliegos y de la resolución de apertura del proceso de selección abreviada se evidencia en el detalle de la consulta allegada al proceso en los folios 190 y 191 del cuaderno 5.

[77] Ley 1185 de 2008. "b) Aplicación de la presente ley. Esta ley define un régimen especial de salvaguardia, protección, sostenibilidad, divulgación y estímulo para los bienes del patrimonio cultural de la Nación **que sean declarados como bienes de interés cultural** en el caso de bienes materiales y para las manifestaciones incluidas en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial, conforme a los criterios de valoración y los requisitos que reglamente para todo el territorio nacional el Ministerio de Cultura.

"La declaratoria de un bien material como de interés cultural, o la inclusión de una manifestación en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial es el acto administrativo mediante el cual, previo cumplimiento del procedimiento previsto en esta ley, la autoridad nacional o las autoridades territoriales, indígenas o de los consejos comunitarios de las comunidades afrodescendientes, según sus competencias, determinan que un bien o manifestación del patrimonio cultural de la Nación queda cobijado por el Régimen Especial de Protección o de Salvaguardia previsto en la presente ley". (Se destaca el requisito referido al acto de declaración del patrimonio cultural)

[78] En realidad, el litigio que ahora ocupa la atención de la Sala no versó sobre diferencias en relación con el contenido del banco de germoplasma, ni se pudo esclarecer si con respecto a su material existía una calificación o una condición fáctica de reserva para la protección de la biodiversidad, la cual habría podido significar restricciones de uso o de enajenación.

[79] La Ley 165 de 1994, por la cual se ratifica el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Decreto 4765 de 2008, el cual establecía como funciones del ICA: "Artículo 5 (...) 5. Ejercer las funciones previstas en las normas vigentes como autoridad nacional competente para aplicar el régimen de protección a las variedades vegetales. (...). 8. Procurar la preservación y el correcto aprovechamiento de los recursos genéticos vegetales y animales del país, en el marco de sus competencias". En el avalúo del IGAC, realizado el 10 de diciembre de 2010, se excluyen las áreas correspondientes a los cultivos de chontaduro, híbrido, nolí y cacao, equivalentes a 18 hectáreas "por pertenecer al Banco de Germoplasma el cual es una reserva nacional y son especies para su conservación", folio 266, cuaderno 5.

[80] Decreto 4637 de 2008- "Artículo 2°. Planes de Enajenación Onerosa. Los Planes de Enajenación Onerosa son aquellos actos a través de los cuales las entidades públicas realizan una identificación de sus **bienes inmuebles fiscales** que no tienen vocación para la construcción de vivienda de interés social, **que no los requiere la entidad para el desarrollo de sus funciones**, así como aquellos que no han sido solicitados por otras entidades para el desarrollo de programas contemplados en el Plan Nacional de Desarrollo, y los que se encuentran incluidos en el artículo 3° del presente decreto" (la negrilla no es del texto).

[81] Folio 83, cuaderno 2.

[82] Folios 437 a 443, cuaderno principal. La Procuraduría Segunda Delegada de Contratación Estatal consideró que si hubo fallas en los avalúos fueron cometidas por los evaluadores y no del funcionario investigado. Según las declaraciones de los evaluadores, en el primer avalúo no se habría tenido en cuenta que el principal cultivo y fuente de ingreso del predio El Mira se había visto afectado por la pudrición del cogollo. En la decisión de la Procuraduría se observó que el Decreto 4444 de 2008 permitía que el monto del avalúo se afectara por los gastos e ingresos del predio.

[83] "5.3. Cargo frente al parágrafo único del artículo 6°, parágrafo 5° del artículo 8° parcialmente, artículo 9 parcialmente, el número 3 del artículo 77 parcialmente, así como su parágrafo 2°, el parágrafo del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, y el artículo 83, parcialmente, del Decreto 066 de 2008.

"Artículo 79. Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS. Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 [contratación directa], entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes (...) "Parágrafo. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios a que hace referencia el presente artículo no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de los contratos a que se refiere este artículo no pueden ser reveladas y en consecuencia se exceptúan de publicación." (Lo subrayado corresponde a lo demandado en la acción de nulidad).

Respecto del cargo que se reseña se decidió:

"DECIMOPRIMERO.- **NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, relacionadas con los

artículos 5, 6, 8, 9, 77 y 79 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 83 del Decreto 066 de 2008".

[84] Artículos 46 y 52 del Decreto 2474 de 2008..

[85] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, radicación; 11001032600020090004300 (36805), sentencia de 23 de julio de 2015, actor: Martín Bermúdez Muñoz, demandado: La Nación Presidencia de la República y otro, acción: nulidad (disposiciones de los decretos 066 del 16 de enero de 2008, 2474 del 7 de julio de 2008 y 127 del 19 de enero de 2009).

[86] Cita original de la sentencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del catorce (14) de febrero de 2012, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación.: 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ).

[87] Cita original de la sentencia. "Decretos 1609 y 2316, ambos de 2013, 1512 de 2014, y, 2468 de 2015".

[88] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 9 de marzo de 2017, radicación: 11001-03-27-000-2016-00004-00 (22324), demandante: Óscar Alveiro Vallejo, Demandados: Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía–, Referencia: Medio de Control de Nulidad. En esa providencia se denegó la nulidad (i) del aparte relativo a la "única oferta económica aceptable", contenido en el Anexo 6, numeral 2, del Reglamento de Enajenación y Adjudicación y del acto de adjudicación del 13 de enero de 2016, por medio del cual se adjudicó el paquete accionario a BRE Colombia Investments LP.

[89] Referido a la adjudicación a favor del proponente que cobre al Estado el menor precio.

[90] "Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones".

[91] "Artículo 90. Adjudicación con oferta única. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones".

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

"En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo"

.

[93] "Artículo 48º.- 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".

[94] Folio 406, cuaderno 5.

[95] Corresponde al último dato publicado por el DANE a la fecha de esta sentencia de acuerdo con la información contenida en la página www.dane.gov.co, estadísticas, serie de empalme de IPC.

[96] El índice inicial corresponde al dato publicado para el mes en que se realizó la consignación correspondiente, tomado de la serie de empalme de IPC publicada por el DANE.

[97] Folios 535 a 537, cuaderno 6.

[98] Corresponde al dato publicado para el mes de agosto de 2010, de acuerdo con la serie de empalme de IPC publicada por el DANE.

[99] Folios 535 a 537, cuaderno 6.

[100] Corresponde al dato publicado para el mes de septiembre de 2010, de acuerdo con la serie de empalme de IPC publicada por el DANE.

[101] Folios 539, cuaderno 6.

[102] Corresponde al dato publicado para el mes de octubre de 2010, de acuerdo con la serie de empalme de IPC publicada por el DANE.

[103] Sumatoria de los valores actualizados 1, 2 y 3.

[104] Folio 434, cuaderno 6..

[105] Folio 133 a 136, cuaderno 5.

[106] Folio 431, cuaderno 6

[107] Folio 76, cuaderno 6.

[108] Folios 177 a 184, cuaderno 6.

[109] Decreto 1525 de 2008. "Artículo 1°. Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 29 del Decreto 359 de 1995, los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, deben invertir sus excedentes de liquidez originados en sus recursos propios, administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante DGCPTN".

[110] Día siguiente a aquel en que se ha debido cumplir la venta prometida.

[111] Oficio radicado con el número 20112100275, folio 513 cuaderno 6.

[112] Folio 53, cuaderno 6.

[113] Folios 66 y 69, cuaderno 6.

[114] Folios 264 y 265, cuaderno 1.

[115] Folio 268, cuaderno 1.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

