

NEGOCIO JURIDICO - Noción. Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Es una especie de los negocios jurídicos

Es conocida la clasificación tripartita entre hechos, actos y negocios jurídicos, para explicar la relevancia con que dota el ordenamiento jurídico a los acontecimientos con intervención o no del hombre que generan consecuencias en el mundo del derecho en el primer caso; ora la conducta valorada del hombre con efectos jurídicos en el segundo evento; o bien el acto de autonomía privada jurídicamente significativo en el que los sujetos de derecho autorregulan y hacen disposición de sus intereses, rectius, negocio jurídico, clasificación que es acogida por el mismo ordenamiento a través de las normas que lo estructuran, las cuales receptionan, individualizan y describen en abstracto, en su supuesto fáctico, los hechos, actos y negocios jurídicos, para puntualizarles consecuencias y efectos de creación, extinción o modificación de situaciones o relaciones jurídicas. (...) en el negocio jurídico, y en particular su categoría mayúscula el contrato, la conducta es valorada, interpretada y calificada por el ordenamiento jurídico para asignarle los efectos jurídicos deseados por los sujetos que en el mismo intervienen, siempre que se observen los límites fijados a la actividad dispositiva, el contenido legal dispuesto para el tipo negocial, la normatividad imperativa o de orden público (ius cogens) y las buenas costumbres. (...) el negocio jurídico -y dentro de él su modalidad por excelencia el contrato-, como fuente de obligaciones que importa al ordenamiento, se mueve en extremos o situaciones en los que se predica su existencia o inexistencia, su validez o invalidez y, en sentido general, su eficacia o ineficacia, conceptos que, de suyo, difieren por sus particularidades y alcances en el mundo de la causalidad jurídica.

NEGOCIO JURIDICO - Eficacia e ineficacia / CONTRATACION ESTATAL - Eficacia e ineficacia

La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen. (...) la ineficacia lato sensu de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento -inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades -invalidez-; o por circunstancias que le inhiben relevancia -condiciones o situaciones subordinantes- según se trate, que emergen de un juicio negativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1501 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 897 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 898

NEGOCIO JURIDICO - Existencia / CONTRATO ESTATAL - Existencia

El contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales (essentialia negotii) de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas y la forma exigida; es decir, cuando recorre

su definición legal, porque concurren sus elementos esenciales, esto es, sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y las formas y demás condiciones para la eficacia del acuerdo contractual, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1501 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 998

CONTRATO ESTATAL - Elementos / ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL - Clasificación

Son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, sea en su generalidad (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil), o en su especificidad en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 ejusdem), con la sola previsión de que el de la administración siempre debe cumplir con la solemnidad escrituraria (contrato litteris), esto es, la formalidad del escrito que es ad substantiam actus (art. 26 y 156 Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, arts. 39 y 41). Desde el punto de vista específico, esos elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que las previenen, so pena de inexistencia o conversión, de acuerdo con los artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio, antes transcritos; y se diferencian de los elementos naturales (naturalia negotii), los cuales integran el contenido del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establece, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio); y de los elementos accidentales (accidentalia negotii), esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO ESTATAL - Diferencias con la nulidad / CONTRATO ESTATAL - Diferencia entre inexistencia y nulidad

La inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Noción / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Por vulnerar norma o requisito para su validez / CONTRATO ESTATAL INVALIDO - Por vulnerar norma o requisito para su validez

El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil), es inválido, o sea nulo por valoración negativa posterior o anulable bien por nulidad absoluta o por nulidad relativa, lo cual requiere de una

declaración judicial que así señale esta sanción legal (artículos 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio., 44 de la Ley 80 de 1993). (...) la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 6 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1502 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1740 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 899 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44

CONTRATO ESTATAL - Efectos jurídicos / NEGOCIOS JURIDICOS - Efectos jurídicos

La producción de los efectos del negocio jurídico, se desprenden las posibilidades a saber: i) el negocio puede ser inexistente, lo que ocurre cuando no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades ad substantiam actus, ii) las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; y iii) el negocio es nulo o anulable, o sea, que reuniendo los elementos esenciales de existencia, esto es, nacido a la vida jurídica, le falta uno o varios requisitos o presupuestos para su validez. En los dos primeros casos, se priva totalmente y ab initio los efectos del negocio; en el último, produce efectos hasta tanto sean destruidos con ocasión de una sentencia judicial que declare la nulidad absoluta o relativa del contrato o parte de él.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN CONTRATACION ESTATAL - Noción / CONTRATACION ESTATAL - Contrato de arrendamiento. Noción

En las voces del artículo 1973 del Código Civil “[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1973

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 1970. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos: 15 de marzo de 2001, exp. 13352 y 16 de febrero de 2001, exp. 16596.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN CONTRATACION ESTATAL - Ordenamiento aplicable. Transición normativa / CONTRATACION ESTATAL - Contrato de arrendamiento. Ley aplicable / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Régimen aplicable en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983

En vigencia del Decreto ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento celebrado por unas de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación -entre ellas los establecimientos públicos, según el artículo 1 ibídem- resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de

dicha normativa. (...) ha sostenido de antiguo esta Sala que la clasificación de administrativos correspondía a aquellos que taxativamente se relacionaron en el citado artículo 16 y por ende, los que no figuraran en ese listado, entre ellos el de arrendamiento, eran considerados como contratos de derecho privado de la administración, en los cuales podía pactarse la cláusula de caducidad (artículos 17 y 60), excepto cuando se trataba de contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito. (...) En cuanto al régimen jurídico del contrato de arrendamiento, es necesario integrar varias normas. De una parte, el inciso 2 del artículo 16 ejusdem dispone que los contratos de derecho privado de la administración "...en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad." De otra, según el artículo 80 del mismo estatuto, los contratos que él regula -incluye el arrendamiento- se rigen por ese estatuto; mientras que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Y, por último, el artículo 156 ibídem dispone que "[p]ara todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio." (...) en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 16 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 17 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 60

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, se puede consultar las providencias: 23 de septiembre de 1996, exp. 10494 y 21 de julio de 2005, exp. 13920.

PLAZO - Su vencimiento no implica la inexistencia del contrato de arrendamiento de bien inmueble / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE - Vencimiento de plazo no implica inexistencia del contrato

El vencimiento del plazo, no significa inexistencia del contrato, como parece entenderlo el demandante; al contrario, la existencia del contrato no se puede remitir a duda y, de ella, hay prueba contundente en el proceso con el instrumento que lo contiene, tal y como se analizó. Lo que sí ocurre, conforme a lo ha dicho la jurisprudencia, es que expirado su plazo, surge para el arrendatario la obligación de restituir el inmueble arrendado, tal como se pactó en las cláusulas décima primera y décima tercera y lo prescribe el artículo 2005 del Código Civil, y la del arrendador de recibirlo, con el correlativo cese de las obligaciones a cargo de éste de permitir el goce del inmueble dado en arrendamiento y librarlo de toda turbación o embarazo en la tenencia de la cosa arrendada, estando de todos modos aquél en el deber de pagar la renta no solo durante la vigencia del contrato, sino durante todo el tiempo en que mantenga la cosa en su poder y la ocupe y hasta la efectiva restitución al arrendador. En otros términos, las obligaciones finales derivadas del contrato de arrendamiento solo se extinguen cuando el arrendatario cumple la prestación debida, hecho que se presenta, en lo que respecta a la obligación del restituir el inmueble, cuando se produce efectivamente la devolución del inmueble arrendado (...) a la luz de la teoría del negocio jurídico y con respaldo en las normas legales, es impropio solicitar al juez la declaratoria de inexistencia del mismo por motivos como los esgrimidos por el actor para derivar de ahí una indemnización de perjuicios, en el entendido de que es a partir de un contrato con plenos efectos de donde surge la fuente de obligaciones (art.

1494 C.C.), esto es, el título o el amparo del derecho de crédito que permite reclamar en sede de controversias contractuales una indemnización de perjuicios.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1494

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia / ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia por incompatibilidad. Incompatibilidad entre la solicitud de inexistencia de contrato y la obligación de indemnizar

Las pretensiones así planteadas son incompatibles en la medida en que la eventual declaración o prosperidad de la primera aniquila o veda las restantes, por lo que resultan oscuras, confusas, excluyentes u opuestas, pues, se itera, la inexistencia del contrato niega la obligación y al no existir ésta no pueden derivarse efectos jurídicos como los créditos o derechos que reclama el demandante en las otras súplicas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 24 de agosto de 1990, exp. 5582 y 7 de octubre de 1999, exp. 4936, y auto del 28 de septiembre de 1999, exp. S-846. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencias: del 10 de agosto de 1995, exp. 4682, 4 de septiembre de 1995, exp. 4248 y 6 de julio de 2003, exp. C-6729.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Cesión o sustitución. Contrato de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea / CESION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Noción

En los contratos de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cualquiera de los contratantes podrá hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada del contrato, quien en adelante ocupará su posición jurídica (art. 887 C. Co.). La cesión puede ser total o parcial; en la primera el cesionario asume la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la segunda, se agrega una nueva parte a la relación circunscrita al aspecto o porción cedida, conservando el cedente su calidad de parte sobre lo no cedido. (...) la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.). (...) en virtud de la cesión el tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 887 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 895 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 896

BIEN PUBLICO - Noción / BIEN DE USO PUBLICO - Noción

Los bienes de dominio público de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o están afectados al uso común, tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política. (...) los bienes de uso público son aquellos bienes destinados

al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 674

BIEN PUBLICO - Clasificación / BIEN DE USO PUBLICO - Noción

Los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aún cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado.

BIEN FISCAL O PATRIMONIAL - Noción / BIENES FISCALES O PATRIMONIALES - Noción

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos; estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los bienes baldíos ver: Corte Constitucional, sentencia T-566 de 23 de octubre de 1992.

BIEN FISCAL O PATRIMONIAL - Características. Alienables, embargables e imprescriptibles / BIENES FISCALES O PATRIMONIALES - Características. Alienables, embargables e imprescriptibles

Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran: a) Alienables: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables. b) Embargables: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley, como por ejemplo: i) los previstos en los numerales 2, 3, y 4 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales los bienes destinados a un servicio público sólo podrán embargarse en una tercera parte; o solo es susceptible de esta medida respecto de las dos terceras partes de las rentas bruta anual de las entidades territoriales; o respecto de aquellas sumas que constituyan anticipo de obras públicas por ejecutar, salvo cuando los créditos sean laborales y

a favor de los trabajadores de la misma; ii) las rentas incorporadas al presupuesto general de la Nación y demás entidades territoriales por virtud del artículo 18 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, o iii) las transferencias recibidas de la Nación por parte de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 1221 de 1986. c) Imprescriptibles: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto -ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas, cuando indica: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

BIEN PUBLICO - Características. Inalienables, inembargables e imprescriptibles / BIEN DE USO PUBLICO - Características. Inalienables, inembargables e imprescriptibles

El titular del derecho de dominio de acuerdo con la Constitución Política es el Estado ("Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación."), y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la misma Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio. (...) En efecto, las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad colectiva, pues lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público. Y esa destinación al uso común, por la que debe velar el Estado, encuentra en el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable que los caracteriza, y que de paso los coloca fuera del comercio, garantía de su utilización a la destinación colectiva, en tanto bienes usados por la comunidad, tal como así dispone el artículo 63 de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 63 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - 102

NOTA DE RELATORIA: En lo referente a las características de los bienes de uso público, ver: Corte Constitucional, sentencia T-566 de 23 de octubre de 1992. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001, exp. 16596.

ESPACIO PUBLICO - Noción / BIEN DE USO PUBLICO - Noción

el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, define el espacio público en los siguientes términos: "Artículo 5º. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes (...)". (...) tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad.

NOTA DE RELATORIA: Con relación al concepto de espacio público, y el desarrollo de su concepto, el cual no se limita exclusivamente al ámbito del suelo físicamente, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del mar territorial, ver el fallo de 18 de marzo de 2004, exp. 52001-23-31-000-2002-01750-01(AP).

ESPACIO PUBLICO - Características. Inalienable, inembargable e imprescriptible / BIEN DE USO PUBLICO - Características. Inalienable, inembargable e imprescriptible

Ese carácter inalienable, imprescriptible e inembargable del espacio público, implica que su destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2519

ESPACIO PUBLICO - Bien de uso público. Deber estatal de protección.

Dentro de esos bienes de uso público, el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela en particular en el artículo 82 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.). (...) la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad de los bienes de uso público y el espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en su acceso y goce común (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 82 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 5

BIEN PUBLICO - Celebración de contratos / BIEN PUBLICO - Potestad excepcional de las autoridades administrativas para afectar su uso / BIEN DE USO PUBLICO - Celebración de contratos / BIEN DE USO PUBLICO - Potestad excepcional de las autoridades administrativas para afectar su uso

Los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común. (...) dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato materia de este proceso, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce

exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad. (...) el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de una porción de terreno afectado a un parque público, esto el Simón Bolívar, está definido como tal en la normatividad vigente; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración. (...) Se precisa que la sola circunstancia de que dicho inmueble hubiese sido cedido por la Nación al Distrito Capital de Bogotá no cambia su naturaleza de bien de uso público a bien fiscal ni lo incorpora en el comercio de los bienes y por el contrario ratifica su naturaleza, como quiera que dicha operación realizada al ser liquidado el Fondo de Inmuebles Nacionales se hizo con la finalidad exclusiva de cumplir con la destinación para la cual fue afectado, esto es para el Parque Simón Bolívar, como tampoco muta ese carácter porque hubiese sido objeto de un negocio jurídico (...) está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como sucede cuando se celebra un contrato de arrendamiento de un bien de uso público mediante el cual se obliga a entregarlo a un particular para su uso y goce exclusivo, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a toda la comunidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 63 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 674 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, consultar la sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12249.

NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Efectos. Impide el análisis de responsabilidad por incumplimiento contractual

Es evidente que el contrato de arrendamiento 0427 de 1989, se suscribió con violación de normas imperativas relativas al régimen de los bienes de uso público, lo que configura la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, prevista en los referidos artículos 78 letra b. del Decreto ley 222 de 1983 y 1521 del C. C.(...) dicho contrato fue pactado infringiendo el artículo 157 del Decreto – Ley 222 de 1983, que, como se señaló, prohibía el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles por más de cinco años y por lo tanto se configura también la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito de que trata los artículos 78 del Decreto Ley 222 de 1983 letra c. y 1523 del C.C. (...) la Sala decretará de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento 0427 de 1989, aún (sic) cuando no existe petición expresa de parte, pues el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, (...) como la ejecución de las prestaciones que se discuten encuentran su causa justificativa en las cláusulas y estipulaciones que se declararán nulas, se tiene que las pretensiones no pueden prosperar, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del negocio jurídico o de la cláusula fuente de una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad por el incumplimiento del mismo, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo.

NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Efectos. Imposibilidad de ordenar restituciones mutuas / NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL DE EJECUCION SUCESIVA - Efectos. Imposibilidad de ordenar restituciones mutuas

La Sala bajo el prisma de la equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), y por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva en el que existen hechos o situaciones consumadas y de imposible restitución, determina que no hay lugar a ordenar restituciones mutuas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema, se puede consultar las sentencias: 7 de junio de 2007, exp. 16020 y sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 15004.

COSTAS - No condena

Teniendo en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699)

Actor: FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO

Demandado: MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS - FONDO DE INMUEBLES NACIONALES

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 14 de agosto de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será modificada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 27 de febrero de 1995, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el señor Felipe Antonio Parra Alvarado formuló demanda contra el Distrito Capital de Bogotá-Alcaldía Mayor de Bogotá, con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento No. 0427 de 1.989, suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y mi mandante FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO con relación al siguiente bien inmueble: TERRENO UBICADO EN LA INTERSECCIÓN DE LA AVENIDA 63 CON TRANSVERSAL 48 de la ciudad de Bogotá, con un área de 2.781,57 M2 y el cual se encuentra delimitado en los siguientes linderos: Por el Norte, con una extensión de 47.50 metros con la Avenida 63; Por el Occidente, en una extensión de 55.75 metros con la Transversal 48; Por el Sur, en una extensión de 43.70 metros con terrenos de propiedad de la Nación; Por el Oriente, en una extensión de 49.00 metros con predios de propiedad de la Nación.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración condenar a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C. al pago de los perjuicios ocasionados al señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO al persistir en la vigencia del contrato de arrendamiento No. 0427 de 1.989 suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y mi mandante, aplazando la legalización solemne del nuevo contrato, manteniendo en interinidad e incertidumbre al arrendatario.

TERCERO.- Que se precise en la sentencia el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO, que la demandada está obligada a indemnizar, comprendiendo dicha valoración, como daño emergente y lucro cesante, la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$100.000.000.00) más los rendimientos que dichos dineros deben producir (...).

CUARTA.- Condenar a la parte demandada al pago de las mejoras que el señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO ha realizado en el inmueble determinado en la pretensión primera, los (sic) cuales se evaluarán mediante justa tasación pericial.”

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. El señor Felipe Antonio Parra Alvarado, celebró con la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte el contrato de arrendamiento n.º 469 de 29 de noviembre de 1985, sobre el predio enunciado en las pretensiones, el cual fue reemplazado por el contrato n.º 0427 de 1989, cuyo plazo inicial fue de 36 meses contados a partir del 24 de agosto de ese año, canon mensual de \$60.000 por el primer período e incremento del 25% para las prórrogas sobrevinientes.

2.2. El inmueble objeto de arrendamiento fue destinado al funcionamiento del establecimiento de comercio de propiedad del arrendatario denominado "Asadero el Motorista".

2.3. Mediante minuta técnica n.º 083 de 26 de octubre de 1992, se amplió el área arrendada y se fijó un nuevo plazo de 60 meses y canon mensual de \$280.000.00, pero este documento no pudo ser solemnizado y perfeccionado.

2.4. El 19 de octubre de 1993, la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte cedió el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 al Distrito Capital de Bogotá, la cual fue aceptada por el señor Felipe Antonio Parra Alvarado; sin embargo, no se hizo mención del nuevo contrato contenido en la minuta técnica n.º 083 de 26 de octubre de 1992.

2.5. El demandante tuvo conocimiento de que desde noviembre de 1993, el Alcalde Mayor del Distrito Capital, sin justificación alguna, ordenó no recibir los cánones mensuales, razón por la cual debió acudir a la consignación de los mismos a través del Banco Popular.

2.6. El 19 de septiembre de 1994, el contratista recibió una carta de la Secretaría de Obras Públicas en la que se le solicitaba la restitución del inmueble arrendado.

2.7. Desde 1994, el demandante arrendatario se ha visto afectado en el uso y goce del bien debido a que, de un lado, el Presidente del Club Los Millonarios le informó que el predio había sido cedido a esa institución por lo que le exigía su desocupación, y de otro lado, personas inescrupulosas pretenden adquirir los predios de la Nación mediante prescripción extraordinaria (dentro de sendos procesos de pertenencia que cursan en los Juzgados 6 y 13 Civil del Circuito de Bogotá), lo cual ha afectado su situación económica y la tranquilidad necesaria para administrar debidamente sus negocios, debiendo asumir incluso la carga de contratar abogados que defendieran sus intereses.

3. Fundamentos de derecho

Fundamentó el actor su demanda en lo dispuesto por los artículos 1982 numeral 3º y 1987 del Código Civil; 157 y 26 del Decreto - Ley 222 de 1983; 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

A juicio del actor, el contrato n.º 427 de 1989 es un contrato administrativo, reglado por los artículos 157 y 158 del Decreto Ley 222 de 1983, siendo elemento de la esencia del mismo y de su prórroga la solemnidad; por tanto, *"[e]n el caso materia de controversia el Contrato 427 de 1.989 dejó de existir en el escenario jurídico administrativo el día 24 de noviembre de 1994"*, sin que pueda argüir la administración que el contrato fue celebrado de manera verbal.

Concluyó que el Distrito Capital fue negligente, siendo responsable por los perjuicios ocasionados por su omisión, al haber mantenido intencionalmente al señor Felipe Antonio Parra bajo contrato verbal y en la creencia de estar tramitándose el nuevo contrato con el cumplimiento de las solemnidades y de conformidad con lo establecido en la ley.

4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

En auto de 13 de marzo de 1995 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y al demandado.

5. La oposición de la demandada

Previa notificación personal el 6 de abril de 1995, la parte demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó algunos hechos y manifestó no constarle algunos de ellos y atenerse a lo que resultara probado en el proceso. Como razones de defensa, señaló que:

5.1. El contrato n.º 0427 de 1989, fue suscrito debidamente por las partes en forma libre y espontánea, sometiéndose a la normatividad vigente, razón por la cual resulta contradictorio y no es posible que el demandante ahora formule su inexistencia cuando participó en su creación.

5.2. También aparece probado en el plenario que el demandante el 10 de diciembre de 1993, aceptó expresamente la cesión del contrato que se realizó entre el Ministerio de Obras Públicas y el Distrito Capital de Bogotá.

5.3. El actor no especificó las causales que podrían generar la inexistencia del contrato y debe analizarse si a falta de pronunciamiento expreso de las partes, sobre todo de la parte arrendataria, no se da la prórroga automática del contrato.

5.4. No falta ningún requisito esencial que dé lugar a la inexistencia del contrato, por cuanto el demandante ha consentido en todos los actos que se han celebrado en relación con el mismo, motivo por el cual deben negarse las súplicas de la demanda.

6. Actuación procesal en primera instancia

6.1. Por auto de 30 de mayo de 1995 se decretaron las pruebas.

6.2. Mediante providencia de 22 de agosto de 2000, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tenía, pero ninguno de ellos se manifestó en esta etapa.

7. La sentencia impugnada

Afirmó el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada que las pretensiones no tenían vocación para prosperar, toda vez que el demandante no demostró la perturbación en el uso y goce de la cosa arrendada por parte del arrendador, pues del acervo probatorio (testimonios de Carid Parra Cordobés y Luis Alberto Solana, diligencia de restitución practicada por la Inspección 13 de Policía por orden del Juzgado 6 Civil del Circuito y el dictamen pericial en el que se identificó el inmueble y se evaluaron mejoras de la parte de parqueo en la suma de \$57.837.400) no se infiere que hubiese sido interferido en ese goce del bien dado en tenencia; por el contrario, se comprobó que la única diligencia judicial practicada dentro del inmueble fue la entrega de éste a la entidad arrendadora; además, las otras pruebas decretadas a instancia del demandante no fueron evacuadas debido al desinterés de esa parte.

Por último, en cuanto hace relación a la pretensión de inexistencia del contrato, precisó que de conformidad con el artículo 87 del C.C.A. la acción contractual sólo procede para la declaratoria de existencia del contrato y no para su inexistencia, dado que nuestro derecho positivo no la relaciona como causal de invalidez de los acuerdos contractuales; pero, además, no procede porque el contrato se celebró con todos los requisitos propios para la validez de este tipo de actos y la prórroga

se presentó en forma tácita, toda vez que el arrendatario siguió ocupando el predio y la otra siguió recibiendo los cánones mensuales.

8. El recurso de apelación

El demandante presentó el 21 de agosto de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con el fin de que fuera revocada y acogidas sus pretensiones. En escrito de 23 de noviembre de 2001, sustentó el recurso en los siguientes términos:

En primer lugar, advirtió que, contrario a lo manifestado por el juez *a quo*, los hechos de la demanda encuentran respaldo probatorio, dado que en el plenario se encuentran los contratos, la cesión, la minuta técnica, la solicitud de entrega del predio y los testimonios de las personas a quienes les consta los actos perturbatorios, así como el monto de los perjuicios por las mejoras por valor de \$57.837.400.

En segundo lugar, resaltó que el contrato n.º 0427 de 1989, tuvo una duración inicial de 36 meses, venciendo el término el 24 de noviembre de 1994; la minuta técnica 083 no se solemnizó por falta de precisión de los linderos, razón por la cual el mencionado contrato se prorrogó tácitamente como lo estableció el Tribunal *a quo*, pero sucede que adolece del elemento solemne que determina la existencia jurídica del mismo conforme a la normatividad de contratación administrativa.

En tercer lugar, sostuvo que de las pruebas se establece que el señor Antonio Felipe Parra Alvarado realizó todas las gestiones y procedió con la diligencia requerida para la tramitación del nuevo contrato de arrendamiento conforme a la Ley 80 de 1993, sin embargo, la demandada fue negligente y con la omisión causó perjuicios toda vez que el inmueble ya fue restituido.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 6 de diciembre de 2001.

9.2. Mediante auto de 15 de febrero de 2002 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En esta etapa únicamente intervino el demandante quien reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto en vigencia del Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998¹.

¹ De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$9.610.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso ascendía a la suma de \$100.000.000,00.

La Sala modificará la sentencia del *a quo*, para lo cual estudiará los siguientes aspectos: 1) objeto de la acción y el motivo de la apelación; 2) lo demostrado en el proceso; 3) generalidades sobre la eficacia de los negocios jurídicos; 4) el régimen de derecho de los contratos de arrendamiento celebrados por las partes; 5) la existencia del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989; 6) la validez del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989, 6.1. Los bienes de dominio público y sus características, 6.2. La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, 6.3. La improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público, 6.4. La transgresión a la prohibición establecida en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983; 7) la causal de nulidad que afecta el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 y su declaratoria de oficio; 8) las restituciones mutuas; y 9) costas.

1. Objeto de la acción y el motivo de la apelación

Pretende el demandante que se declare la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 y en consecuencia que se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales y morales causados al arrendatario.

La apelación en los términos del numeral 9 del acápite anterior, plantea los siguientes problemas jurídicos: a).- Si el contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 es inexistente en el sentido propuesto por el actor; b).- Si el arrendatario fue perturbado sin justificación atendible en el uso y goce de la cosa arrendada o dada en tenencia; c).- Si como consecuencia se le causaron los perjuicios reclamados, y en particular, por aplazar la legalización solemne de un nuevo contrato y persistir en el anterior.

2. Lo demostrado en el proceso

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso quedaron debidamente acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

2.1. Que entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte -en calidad de arrendador- y el señor Felipe Antonio Parra Alvarado -en calidad de arrendatario-, se celebró el contrato de arrendamiento n.º 469 de 29 de noviembre de 1985, sobre un bien inmueble, lote de terreno de propiedad de la Nación adquirido con escritura pública número 22 de 25 de julio de 1980, otorgada en la Notaría 23 de Bogotá, y ubicado en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá, con un área de 2.781,57 M2, el cual se encuentra delimitado en los siguientes linderos: Por el Norte, con una extensión de 47.50 metros con la Avenida 63; Por el Occidente, en una extensión de 55.75 metros con la Transversal 48; Por el Sur, en una extensión de 43.70 metros con terrenos de propiedad de la Nación; Por el Oriente, en una extensión de 49.00 metros con predios de propiedad de la Nación (copia auténtica a fls. 4 a 6 cd. 2). El término de duración se pactó en 36 meses (cláusula cuarta) y un canon mensual de \$10.000 por el primer período e incremento del 10% para los períodos posteriores (cláusula tercera).

2.2. Que el 24 de agosto de 1989, se celebró un nuevo contrato de arrendamiento bajo el n.º 0427 entre las mismas partes y sobre el mismo bien inmueble (copia auténtica a fls. 1 a 3 cd. 2).

El término de duración se pactó en 36 meses (cláusula cuarta) y un canon mensual de \$60.000 por el primer período e incremento del 25% para los períodos posteriores (cláusula tercera).

Se estipuló en el contrato que la destinación del inmueble sería para el funcionamiento de un asadero (cláusula sexta) y en cuanto a las mejoras que realizara el arrendatario se indicó que podían ser retiradas a la expiración del término siempre y cuando el inmueble no sufriera menoscabo alguno y, en caso contrario, quedarían de propiedad de la Nación sin que por este concepto se cause contraprestación alguna (cláusula sexta). A la terminación del contrato el arrendatario debía restituir el inmueble arrendado en el mismo estado en el que le fue entregado, salvo el deterioro normal o goce legítimo (cláusula décima primera).

Dentro de las obligaciones del arrendador se pactaron las de entregar el bien arrendado y librar al arrendador de la turbación o embarazo en el uso o goce del inmueble arrendado (cláusula décima segunda); y dentro de las del arrendatario, además de la conservación del bien y pago del canon de arrendamiento, la de restituir el inmueble por cualquier causa de terminación del contrato y en especial por el requerimiento que para tal efecto le hiciera el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que se reservó el derecho de solicitar el lote dando aviso al arrendatario con quince días de anticipación, una vez se iniciaran en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar (cláusula décima tercera, numeral 4).

Así mismo, se pactaron las cláusulas de caducidad administrativa, multas, penal pecuniaria, y las de interpretación, terminación y modificación unilaterales (cláusula décima a décima octava).

Según minuta técnica n.º 006 (copia auténtica a fl. 6 cd.2), se deduce que este contrato reemplazó al contrato número 469 de 1985, pues versa sobre el mismo lote de terreno de propiedad de la Nación y fue suscrito por las mismas partes.

2.3. Que el 26 de octubre de 1992, se elaboró la minuta técnica n.º 083, que lleva únicamente la firma del Director de Inmuebles Nacionales y contiene las bases (objeto, partes, propiedad, linderos, valor, canon mensual, plazo, cláusulas especiales, observaciones) sobre las cuales presuntamente se haría un nuevo contrato que reemplazaría al n.º 427 de 1989 (copia auténtica fl. 18 cd. 2), pero del que no existe prueba de su elaboración ni celebración.

2.4. Que la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo de Inmuebles Nacionales cedieron el 19 de octubre de 1993, el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 al Distrito Capital de Bogotá junto con el predio objeto del mismo, según acta suscrita por el representante de ese ministerio, el liquidador del fondo, el Alcalde Mayor de Bogotá y la Procuradora de Bienes del Distrito (copia auténtica fl. 7 cd. 2), la cual fue debidamente notificada el 29 de noviembre de 1993 al señor Felipe Antonio Parra Alvarado (copia auténtica fl. 9 *ídem*), por el liquidador del fondo y en los siguientes términos:

“[M]e permito informarle que el Fondo de Inmuebles Nacionales se encuentra en proceso de liquidación y para dar cumplimiento al mandato contenido en el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 y su decreto reglamentario No. 1166 del 23 de junio de 1993, se hizo entrega del Parque Simón Bolívar al Distrito Capital, el pasado 19 de octubre del año en curso. Para efectos del pago del canon de arrendamiento correspondiente y para todo lo relativo a los derechos y obligaciones emanados del contrato de arrendamiento No. 427 de 1989, debe

dirigirse a la Procuraduría de Bienes del Distrito Capital" (resaltado por fuera del texto original).

2.5 Que mediante acta suscrita el 10 de diciembre de 1993 por la Procuradora de Bienes del Distrito Capital y el señor Felipe Antonio Alvarado Parra, este último aceptó expresamente la cesión del contrato de arrendamiento (copias auténticas fl. 8 *ídem*).

2.6. Que mediante oficio número 115-140-NI de 19 de septiembre de 1994, el Secretario de Obras Públicas del Distrito Capital de Bogotá, solicitó la entrega del predio arrendado donde funcionaba el Asadero el Motorista al señor Felipe Antonio Parra Alvarado, en el término de 15 días a su recibo, en cumplimiento de la cláusula cuarta del contrato n.º 0427 de 1989, relativa al plazo del contrato (copia a fl. 12 cd. 2).

2.7. Que con fecha 2 de junio de 1994, se practicó diligencia de entrega por la Inspección 13 de Policía, en desarrollo de la comisión ordenada por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de pertenencia promovido por Guillermina Angarita de Montañez contra la Nación, donde se ordenó la entrega real y material del predio ubicado en la Avenida 63 entre Carreras 46 y 50 a la apoderada del Distrito Capital (copias a fl. 43 y vto. cd. 2).

En dicha diligencia al momento de alinderar e identificar el predio materia de la restitución se dejó constancia de que se encontraba incluido el lote de terreno donde funciona el Asadero el Motorista y que durante la misma fueron atendidos por el señor Luis Felipe Parra, hijo del demandante, quien manifestó que su padre lo detentaba en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el Fondo de Inmuebles Nacionales. Aunque la entrega se decretó, el funcionario concedió un plazo de 30 días para que se desocupara el bien inmueble y "al presunto arrendatario" le dejó copia de la diligencia para que ejerciera sus derechos en ese caso de conformidad con el artículo 338 del C. de P. Civil.

2.8. Que el predio fue restituido según se desprende de la diligencia anterior, la afirmación que en tal sentido realizó el actor en el recurso de apelación en el presente proceso (fl. 86 cd. ppal.) y la complementación al dictamen pericial rendido el 24 de mayo de 2000 en donde dan cuenta del traslado de la sede del establecimiento de comercio (Asadero el Motorista) que funcionaba en el mismo a la Carrera 66ª n.º.68-56 de esta ciudad (fl. 65 cd. 2).

Por otra parte, rindieron testimonio:

.- El señor Carid Lozano Bernal, empleado del demandante en el Asadero el Motorista, quien afirmó que se le encargó en tres o cuatro ocasiones realizar el pago del canon de arrendamiento mediante consignación en el Banco Popular, además mencionó que conocía del contrato de arrendamiento, de los problemas con la Alcaldía Mayor para desalojarlos en más o menos diez diligencias y de las mejoras que se efectuaron, tales como cerramientos, bodegas, baños y pintura (fls. 51 a 52 cd. 2).

.- El señor Luis Alberto Solano Gil, ingeniero quien realizó por encargo del demandante un levantamiento topográfico del terreno en donde funcionaba el establecimiento de comercio Asadero el Motorista, y que conoció por información del mismo actor que la arrendadora le perturbaba en su posesión pues le exigía la desocupación del inmueble (fl. 52 a 53 cd. 2).

.-El señor Jesús Hernando Latorre Marín, conductor al servicio del demandante, sostuvo que lo acompañaba a pagar los cánones de arrendamiento, que le constan las mejoras realizadas consistentes en 3 salones, los baños, las cercas, los pisos y las entradas, pues él participaba de los arreglos y, así mismo, manifestó que conoció los requerimientos de la Alcaldía Mayor y del Club Deportivo los Millonarios que le decían al actor que debía desocupar (fls. 53 y 54 cd. 2).

Igualmente, se practicó dictamen pericial (18 de agosto de 1998) con el fin de identificar el inmueble objeto del arrendamiento y establecer el valor de los perjuicios que, según el actor, pudieron causársele; en ejecución de su trabajo, los auxiliares de la justicia lograron identificar el predio y en cuanto a los perjuicios concluyen que no existen, pues las mejoras existentes se construyeron exclusivamente para el uso del asadero y, las partes cubiertas podían ser desmanteladas sin ninguna dificultad quedando solo la zona de parqueo a la que le dieron un valor de \$57.837.400,00 (fl. 53 a 54 cd. 2), pero que en todo caso se construyó para el funcionamiento del asadero, dado que ese es el servicio al que estaba destinado, es decir, no es una mejora necesaria para la conservación y mantenimiento del terreno en las condiciones y estado en que lo recibió.

De otra parte, si bien el actor no demostró la consignación de los cánones de arrendamiento en el Banco Popular y a favor del Fondo de Inmuebles Nacionales por concepto de arrendamiento del predio de la Avenida 63 con Transversal 48 de esta ciudad, desde enero de 1994 hasta abril 30 de 1996, según certificación del Departamento de Depósitos Judiciales de dicho banco (fls. 31, 44 y 45 cd. 2), no es menos cierto que se infiere que tal cancelación, por lo menos en lo que corresponde al período comprendido entre el 10 de diciembre de 1993, fecha de aceptación de la cesión del contrato, a 15 de mayo de 1995, se hizo a favor del Distrito Capital de Bogotá, dado que éste en el escrito de contestación de la demanda presentado en la última fecha aludida manifestó que era cierto este hecho (fl. 41 cd.ppal²) y, además, pidió tener como pruebas las aportadas por la actora (fls. 14 a 20 cd. ppal.), entre ellas, las fotocopias de algunas consignaciones realizadas en el año de 1994, que aun cuando estaban desprovistas de la autenticación exigida en el artículo 254 del C. de P. Civil, su veracidad se entiende corroborada por la accionada con tal solicitud.

Finalmente, cabe anotar que aunque existió una minuta técnica elaborada por la Dirección de Inmuebles Nacionales, la cual no llegó a concretarse en un contrato, no se observa en el plenario que existan probanzas relacionadas con gestiones de la parte demandante posteriores a la cesión del contrato al Distrito Capital de Bogotá tendientes a la tramitación de nuevo contrato de arrendamiento.

3. Generalidades sobre la eficacia de los negocios jurídicos

Es conocida la clasificación tripartita entre hechos, actos y negocios jurídicos, para explicar la relevancia con que dota el ordenamiento jurídico a los acontecimientos con intervención o no del hombre que generan consecuencias en el mundo del derecho en el primer caso; ora la conducta valorada del hombre con efectos jurídicos en el segundo evento; o bien el acto de autonomía privada jurídicamente significativo en el que los sujetos de derecho autorregulan y hacen disposición de sus intereses, *rectius*, negocio jurídico, clasificación que es acogida por el mismo ordenamiento a través de las normas que lo estructuran, las cuales receptionan, individualizan y describen en abstracto, en su supuesto fáctico, los hechos, actos y

² Así dijo: “es cierto en cuanto el actor consignó el canon de arrendamiento en el Banco Popular”

negocios jurídicos, para puntualizarles consecuencias y efectos de creación, extinción o modificación de situaciones o relaciones jurídicas³.

En esta línea, todo comportamiento humano que reporte utilidad, y en particular la actividad que gira en torno al contrato, como especie del negocio jurídico que sirve de instrumento para el intercambio, provisión y satisfacción de bienes y servicios en el tráfico jurídico (función práctico social), así como los derechos y obligaciones que de él emanan, en procura de su tutela y defensa debida, conlleva la expedición de normas jurídicas que recogen las diferentes conductas para crear tipos negociales, asignar efectos de tolerancia o reproche y consagrar legalmente restricciones para encauzar la conducta dispositiva de intereses de las partes que a través de él se vinculan por precisas razones éticas (buenas costumbres), o políticas (orden público), o las que surjan como derivado de la función y dinámica particular del acto (limitación lógica funcional)⁴.

De tal suerte que, en el negocio jurídico, y en particular su categoría mayúscula el contrato, la conducta es valorada, interpretada y calificada por el ordenamiento jurídico para asignarle los efectos jurídicos deseados por los sujetos que en el mismo intervienen, siempre que se observen los límites fijados a la actividad dispositiva, el contenido legal dispuesto para el tipo negocial, la normatividad imperativa o de orden público (*ius cogens*) y las buenas costumbres. Luego de tal evaluación, la ley sitúa la conducta dispositiva y convergente de las partes del negocio jurídico en el tipo que mejor corresponda, para darle la trascendencia que le merezca en el mundo del derecho (arts. 1501, 1602, 1603, 1618 del Código Civil), es decir, la norma recepciona la conducta de los sujetos, verifica que su contenido se ajuste a sus determinaciones y le asigna sus efectos, o en caso contrario le resta la relevancia pretendida.

Por lo tanto, el negocio jurídico -y dentro de él su modalidad por excelencia el contrato-, como fuente de obligaciones que importa al ordenamiento, se mueve en extremos o situaciones en los que se predica su existencia o inexistencia, su validez o invalidez y, en sentido general, su eficacia o ineficacia, conceptos que, de suyo, difieren por sus particularidades y alcances en el mundo de la causalidad jurídica.

La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen.

En suma, la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos

³ Ver al respecto: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. págs. 41 y ss.; BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Comanares, 2000.

⁴ Ídem.

para su nacimiento –inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades -invalidez-; o por circunstancias que le inhiben relevancia -condiciones o situaciones subordinantes- según se trate, que emergen de un juicio negativo.

De ahí que, para que un contrato sea patrocinado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función práctico social que está llamado a cumplir.

Contrario sensu, en el evento de carecer o no reunir todos los elementos o requisitos esenciales previstos por el orden jurídico, el contrato puede ser inexistente o resultar inválido por ser valorado negativamente, según el caso, y no está llamado a producir ninguno de los efectos de los deseados de acuerdo con el primer calificativo o éstos pueden ser truncados según el segundo, dependiendo de la índole del mismo así:

i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial es inexistente, o sea que se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio, que rezan:

“ART. 1501.[de C.C.] Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

“ART. 897. [del C.Co].- Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

“ART. 898. [del C. Co].- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

Es decir, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales (*essentialia negotii*) de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas y la forma exigida; es decir, cuando recorre su definición legal, porque concurren sus elementos esenciales, esto es, sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y las formas y demás condiciones para la eficacia del acuerdo contractual, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

Ahora, no hay oposición alguna en cuanto a que la clasificación de los elementos que estructuran los contratos del derecho común, son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, sea en su generalidad (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil), o en su especificidad en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 *ejusdem*), con la sola previsión de que el de la administración siempre debe cumplir con la solemnidad escrituraria (*contrato litteris*), esto es, la formalidad del escrito que es *ad substantiam actus* (art. 26 y 156 Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, arts. 39 y 41).

Desde el punto de vista específico, esos elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que las previenen, so pena de inexistencia o conversión, de acuerdo con los artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio, antes transcritos; y se diferencian de los elementos naturales (*naturalia negotii*), los cuales integran el contenido del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establece, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio); y de los elementos accidentales (*accidentalia negotii*), esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente.⁵

ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502⁶ y ss. del Código Civil), es inválido, o sea nulo por valoración negativa posterior o anulable bien por nulidad absoluta o por nulidad relativa, lo cual requiere de una declaración judicial que así señale esta sanción legal (artículos 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio., 44 de la Ley 80 de 1993)⁷.

En efecto, los artículos 6 y 1740 del Código Civil, establecen:

⁵ Paralelo a los elementos del contrato se predica del administrativo su contenido, que puede ser natural, implícito o eventual, el cual comparado con sus elementos, le vienen parecidos, como quiera que “el contenido natural es aquel que es propio y específico del contrato de que se trate y que lo distingue de los demás contratos administrativos”, de existencia imprescindible, ya que de otro modo se estaría frente a otro tipo de negocio jurídico. El contenido implícito “es aquel que sin estar expresamente mencionado en el contrato igual lo integra, por resultar de las normas del derecho vigente que lo rigen” y el eventual el “que puede incluirse o no en el contrato, según lo resuelvan las partes en cada caso”. Cfr. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Vol. I., 1977, pág. 171.

⁶ De conformidad con el Código Civil los requisitos o presupuestos para que un acto sea válido son: “ART. 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” Además, de ciertas formalidades *ad solemnitatem* impuestas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (art. 1500 C.C.), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las *ad substantiam actus*.

⁷ Los artículos 1741 y 1742 del Código Civil en materia de contratos administrativos se acogieron en el Decreto Ley 222 de 1983 en sus artículos 78 y 79, en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 44 y ss. y en la Ley 446 de 1998 en su artículo 32. El C.C.A., en su artículo 87, subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989, artículo 17, y luego modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), se refiere a las controversias contractuales y a sus nulidades.

“Artículo 6.- La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

“Artículo 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

El artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial y el estatuto general de contratación, señala que es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes⁸, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa. d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.

La nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo, como se puede deducir del texto legal previsto en el artículo 1741 del Código Civil⁹. Así la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

En tal virtud, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos. Es, pues, la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato.

⁸ En los contratos estatales también es menester verificar la competencia legal de las autoridades para celebrar el respectivo negocio jurídico.

⁹ “Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. /Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. /Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

En suma, la ineficacia del negocio jurídico comporta que éste no produce efectos, o que por el motivo que fuere deja de producir los efectos que le son propios, distinguiéndose, varias figuras dentro de esta noción con significación diversa, tal y como se explica en el siguiente pasaje doctrinal:

“[L]a ineficacia tiene varios significados: uno amplio, equivalente a la falta de efectos; comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto, y uno restringido: supresión o atenuación de sus efectos finales, que presupone un comportamiento relevante, y, además, válido”.

(...)

“[E]l negocio jurídico es inexistente como tal cuando no recorrió a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducida al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva de intereses es irrelevante cuando en la práctica el supuesto de hecho es incompleto o resulta contradictorio y esa falta de plenitud o antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo negocial...”

(...)

Por ello, en principio no hay una acción declarativa de la inexistencia, aun cuando en un momento dado sea menester un pronunciamiento de accertamiento (constatación) que elimine toda duda al respecto y se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones ocurridas en el entretanto (vuelta las cosas al *status quo ante*, artículo 1746 del Código Civil).

La invalidez significa un juicio de desvalor; comparado el comportamiento realizado con los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra en una contraposición, que impone un juicio negativo. La invalidez, comprensiva de las nulidades absoluta y relativa (ésta, *rectius*, anulabilidad), obedece a una ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por la ley, éstos como fundamentales y aquélla como merecedora de tamaña reacción, lo cual exige tener en cuenta, a la vez, la previsión normativa en materia de requisitos (...) y de sanciones (...). La invalidez presupone relevancia (...) [Y] es una reacción sancionatoria del ordenamiento ante quebrantos graves a sus dictados o desatenciones, similarmente graves de su orientación ético política.”

La nulidad es la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto el futuro como el pasado...”¹⁰ (subraya la Sala).

La noción de inexistencia es una de aquellas que ha dado lugar a profundos debates en la doctrina¹¹; se dice que ella se identifica con la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico, que implica desde el inicio su negación y que está por fuera de cualquier calificación jurídica, de manera que se constituye por una circunstancia que le resta efectos, sin necesidad de que medie una acción judicial declarativa para que se presente; mientras que, tratándose de la invalidez y dentro de ésta la denominada nulidad, se requiere de una valoración normativa del negocio para determinar la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico, lo cual significa que si se presenta el vicio establecido en el ordenamiento, se niega la relevancia ordinaria del contrato por ser contrario a alguna norma que

¹⁰ Hinestrosa, Fernando, Derecho Comercial Colombiano, Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, Págs. 191 a 212.

¹¹ Scongnamiglio, Renato, Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 1982, Págs. 299 y ss. 305, 307 y ss.

lo disciplina, constituyéndose en una sanción, que debe ser declarada judicialmente.

Colígese de lo dicho que la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

A manera de conclusión, a propósito de la producción de los efectos del negocio jurídico, se desprenden las posibilidades a saber: i) el negocio puede ser inexistente, lo que ocurre cuando no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades *ad substantiam actus*, ii) las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; y iii) el negocio es nulo o anulable, o sea, que reuniendo los elementos esenciales de existencia, esto es, nacido a la vida jurídica, le falta uno o varios requisitos o presupuestos para su validez. En los dos primeros casos, se priva totalmente y *ab initio* los efectos del negocio; en el último, produce efectos hasta tanto sean destruidos con ocasión de una sentencia judicial que declare la nulidad absoluta o relativa del contrato o parte de él.

4. El régimen de derecho de los contratos de arrendamiento celebrados por las partes

Muestra el acervo probatorio recaudado y valorado por la Sala que el Ministro de Obras Públicas y Transporte, obrando en nombre y representación del extinto Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público¹², suscribió dos contratos de arrendamiento de bien inmueble (n.º 469 de 29 de noviembre de 1985 y n.º 0427 de 24 de agosto de 1989), sobre un lote de terreno ubicado en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá, con el señor Felipe Antonio Parra Alvarado, fechas para las cuales se encontraba vigente el Decreto - Ley 222 de 1983 y por lo tanto, este estatuto les es aplicable a los mismos (art. 1), pues la ley del contrato es aquella que rige al momento de su celebración, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Así las cosas, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento celebrado por unas de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación -entre ellas los establecimientos públicos, según el artículo 1 *ibidem*- resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa.

En efecto, ha sostenido de antiguo esta Sala que la clasificación de administrativos correspondía a aquellos que taxativamente se relacionaron en el

¹² El Fondo de Inmuebles Nacionales, era un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por la Ley 47 de 1971, modificado por la Ley 51 de 1982 y reglamentado por los Decretos 369 de 1972 y 879 de 1979, cuya supresión y liquidación fue ordenada mediante Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, liquidación que fue reglamentada mediante el Decreto 1166 de 1993.

citado artículo 16 y por ende, los que no figuraran en ese listado, entre ellos el de arrendamiento, eran considerados como contratos de derecho privado de la administración, en los cuales podía pactarse la cláusula de caducidad (artículos 17 y 60), excepto cuando se trataba de contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito.

Precisó también la jurisprudencia que la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos celebrados por la administración, diferentes a los enlistados en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983, no cambiaba la naturaleza jurídica del contrato, seguían siendo de derecho privado y les eran aplicables las normas de derecho civil, comercial o laboral, según el caso; las únicas consecuencias de incluir la cláusula de caducidad, eran el juzgamiento, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de las controversias que de él surgieran (párrafo del artículo 17) y la obligación de incluir la facultad de la Administración de terminar, modificar e interpretar unilateralmente el contrato¹³.

Ahora bien, en sentencia de 10 de noviembre de 2005 (exp. 13.920)¹⁴, a propósito del contrato de arrendamiento celebrado por la Administración en los tiempos en que rigió el Decreto 222 de 1983, la Sala precisó:

a) Se trata de un contrato de derecho privado de la administración, pues, por no haber sido calificado por la propia ley como contrato administrativo, se enmarca en la regla general dispuesta por el inciso 2, del artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983.

b) Admite el pacto de la cláusula exorbitante de caducidad, lo cual se deduce del párrafo del art. 17 y del art. 60 *ibídem*.

c) En cuanto al régimen jurídico del contrato de arrendamiento, es necesario integrar varias normas. De una parte, el inciso 2 del artículo 16 *ejusdem* dispone que los contratos de derecho privado de la administración “...en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.” De otra, según el artículo 80 del mismo estatuto, los contratos que él regula -incluye el arrendamiento- se rigen por ese estatuto; mientras que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Y, por último, el artículo 156 *ibídem* dispone que “[p]ara todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.”

Por consiguiente, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.

d) En cuanto al plazo de los contratos de arrendamiento, disponía el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983, norma especial que prevalece frente a las normas del derecho privado, que no podrá exceder de cinco (5) años, tratándose de

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de septiembre de 1996, exp. 10494, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de julio de 2005, exp. 13920, Alíer E. Hernández Enríquez.

bienes inmuebles¹⁵, plazo al final del cual, los contratos se deben dar por terminados, en virtud de esta causal legal.

En el caso concreto, el Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y un particular celebraron un contrato de arrendamiento con cláusula de caducidad, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, razón por la cual quedó sometido: i) a las disposiciones de este estatuto, particularmente, en lo que respecta a los efectos del contrato, las responsabilidades y la caducidad del mismo; y ii) a las normas del derecho privado que regulan el contrato de arrendamiento, con las restricciones ya señaladas.

Conocido el régimen de derecho del contrato del *sub lite*, de acuerdo con el mismo pasará la Sala a estudiar si éste nació a la vida jurídica o, por el contrario resulta inexistente, en el sentido expuesto por el actor por el hecho de que no fue prorrogado al 24 de noviembre de 1994, fecha en la cual según afirmó se terminó.

5. La existencia del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989

En las voces del artículo 1973 del Código Civil “[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]”.

De esta definición legal, la jurisprudencia ha señalado los siguientes elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento:

“-. La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien.-El consentimiento de las partes.[¹⁶] Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida. Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo ‘en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo`...’¹⁷”

Para la doctrina “...el arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a la otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado...”¹⁸-

¹⁵ Prescribe a este respecto el artículo 157 que “[e]l término del contrato se pactará expresamente. Cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”

¹⁶ Se trata más bien de un requisito general, predicable de todo contrato, según el art. 1502 del C.C.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 13352. En sentido similar, sentencia de febrero 16 de 2001, exp. 16596. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de abril 30 de 1970.

¹⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones el Profesional, décima sexta edición, 2004, pág.421.

Subraya la Sala-, figura en la cual se tipifican, sin duda, los contratos que se analizan, según se desprende del clausulado relacionado con el objeto y las obligaciones que fueron arriba expuestas.

De ahí que es obligación del arrendador entregar el bien al arrendatario, mantenerlo en estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librarlo de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada (art. 1982 del C.C.); y dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. 1996 del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. 1997 *ibídem*); realizar las reparaciones locativas (art. 1998 *ejusdem*); pagar el precio o renta convenido (arts. 2000 y ss. *ídem*); y restituir la cosa a la terminación del contrato (art. 2005 y ss. C.C.).

Por manera que la noción de arrendamiento comprende el acuerdo por cuya virtud dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa –arrendador- y la otra –arrendatario- a pagar por dicho goce un precio determinado, siendo, por supuesto, susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorporales, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar -artículo 1974 C.C.-.

En síntesis, los elementos que permiten identificar el tipo contractual del arrendamiento son los siguientes: (i) la entrega que de un bien efectúa el arrendador al arrendatario, para el goce o uso exclusivo por parte de éste, con la consecuente obligación para aquél de asegurar dicho uso o goce en cabeza del arrendatario, manteniendo la cosa en estado de servir a su destinación natural y libre de perturbaciones originadas en el arrendador mismo o en terceros, de un lado y, de otro, (ii) el pago de un precio por el uso o goce del bien arrendado.

Por consiguiente, conforme a la tipología que en el Decreto ley 222 de 1983 se estableció y a las normas aplicables del régimen civil respecto de los elementos esenciales que permiten identificar la naturaleza jurídica del contrato (uso o goce del bien por determinado tiempo y el precio que se paga como contraprestación, elevado a escrito cumpliendo el requisito *ad substantiam actus* de acuerdo con el artículo 156 del Decreto ley 222 de 1983), es menester concluir que el negocio jurídico de arrendamiento del *sub lite* alcanzó a nacer¹⁹, como contrato de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, que encontraba su regulación especial en los artículos 80 y 156 a 162 de aquel Estatuto y en las normas civiles anotadas.

En este orden de ideas, en relación con la pretensión del actor según la cual se debe declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, tal y como lo anotó el juez *a quo* resulta improcedente porque si en gracia de discusión fuera posible formular en sede judicial tal pretensión en los términos del artículo 87 del C.C.A. -que no lo es-, la realidad probatoria es incontrastable al indicar que el contrato existió conforme fue la voluntad de las partes, dado que se celebró y reunió los requisitos y elementos esenciales necesarios para su nacimiento, de manera que produjo los efectos jurídicos deseados durante el término de duración del mismo.

¹⁹ Los anteriores elementos permiten excluir que el contrato sea de concesión, por cuanto no median los elementos esenciales de este contrato, verbigracia carece de la reversión de los bienes del particular al Estado, que, por lo demás, aparece expresamente excluida, como quiera que el arrendatario se obligó a devolver el inmueble en el mismo estado en que lo recibía (cláusula sexta, letra h). Sobre la reversión, como elemento esencial del contrato de concesión ver sentencia C-250 de 1996 de la Corte Constitucional.

Ahora, el vencimiento del plazo, no significa inexistencia del contrato, como parece entenderlo el demandante; al contrario, la existencia del contrato no se puede remitir a duda y, de ella, hay prueba contundente en el proceso con el instrumento que lo contiene, tal y como se analizó. Lo que sí ocurre, conforme a lo ha dicho la jurisprudencia, es que expirado su plazo²⁰, surge para el arrendatario la obligación de restituir el inmueble arrendado, tal como se pactó en las cláusulas décima primera y décima tercera y lo prescribe el artículo 2005 del Código Civil, y la del arrendador de recibirlo, con el correlativo cese de las obligaciones a cargo de éste de permitir el goce del inmueble dado en arrendamiento y librarlo de toda turbación o embarazo en la tenencia de la cosa arrendada, estando de todos modos aquél en el deber de pagar la renta no solo durante la vigencia del contrato, sino durante todo el tiempo en que mantenga la cosa en su poder y la ocupe²¹ y hasta la efectiva restitución al arrendador. En otros términos, las obligaciones finales derivadas del contrato de arrendamiento solo se extinguen cuando el arrendatario cumple la prestación debida, hecho que se presenta, en lo que respecta a la obligación del restituir el inmueble, cuando se produce efectivamente la devolución del inmueble arrendado²².

Pero en este último evento, esto es, por el hecho de que se mantenga la tenencia del bien por el arrendatario o porque éste continúe cancelando los correspondientes cánones de arrendamiento con posterioridad a la terminación del plazo contractual, no puede entenderse prorrogado o renovado el contrato, por cuanto, como se dijo, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 no se aplican las prórrogas automáticas (art. 58 y 157 *ibídem*) ni las normas del Código de Comercio (arts. 518 y ss. C. Co.) ni procede la figura de la tácita reconducción del Código Civil (art. 2014 C.C.)²³.

Por lo expuesto, advierte la Sala que en este evento en particular la pretensión de inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 no estaba adecuada ni técnicamente formulada o planteada, toda vez que, como arriba se explicó, a la luz de la teoría del negocio jurídico y con respaldo en las normas legales, es impropio solicitar al juez la declaratoria de inexistencia del mismo por motivos como los esgrimidos por el actor para derivar de ahí una indemnización de perjuicios, en el entendido de que es a partir de un contrato con plenos efectos de donde surge la fuente de obligaciones (art. 1494 C.C.), esto es, el título o el amparo del derecho de crédito que permite reclamar en sede de controversias contractuales una indemnización de perjuicios.

A este respecto, recuerda la Sala que el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 34 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por disposición del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, dispone

²⁰ “Artículo 2008. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente:“(..)” 2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo”;

²¹ Premisa que resulta congruente con lo previsto en el numeral 5 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, según el cual en el proceso de restitución de inmueble arrendado, el arrendatario no será oído sino consigna a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales los cánones que se causen durante el proceso, en ambas instancias.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 9 de julio de 1998, exp. 14614, de 15 de marzo de 2001, exp. 13.352 y de 4 de septiembre de 2003, exp. 17.100.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 28 de febrero de 2011, exp. 28.281.

que el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y la sentencia de cada una de las instancias.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquellas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1º del artículo 157.

Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa.”

Como puede apreciarse, es posible que un demandante acumule más de una pretensión contra un mismo demandado (acumulación objetiva), o que se acumulen en una misma demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados (acumulación subjetiva).

Para que sea viable la acumulación objetiva de pretensiones se requiere que el funcionario sea competente para conocer de todas, que éstas no se excluyan entre sí y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Y para que proceda la acumulación subjetiva de pretensiones es necesario que cuando éstas se formulan por varios demandantes o contra varios demandados, versen sobre la misma causa o el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas.

En el caso *sub lite*, la presentación simultánea de las pretensiones (todas principales y concurrentes), por un lado, la que pide declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 (pretensión primera) y, por otro lado, como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. al pago de los perjuicios ocasionados por aplazar la legalización solemne del nuevo contrato, manteniendo en interinidad e incertidumbre al arrendatario fundada en los artículos 1982 numeral 3 y 1987²⁴ del Código Civil, relacionados con la obligación del arrendador de no perturbar la tenencia y el uso

²⁴ “ARTICULO 1987. <INDEMNIZACION POR PERTURBACION>. Si fuera de los casos previstos en el artículo precedente, el arrendatario es turbado en su goce por el arrendador o por cualquiera persona a quien éste pueda vedarlo, tendrá derecho a indemnización de perjuicios.”

de la cosa arrendada, y al pago de las mejoras realizadas en el inmueble arrendado (pretensiones segunda, tercera y cuarta), suponen una acumulación indebida por cuanto las mismas se excluyen entre sí y son incongruentes, de suerte que un pronunciamiento de las mismas devendría en una decisión contradictoria; aún más, la falta de claridad y lógica del *petitum*, por cuya inteligencia se solicita declarar la inexistencia del contrato, esto es, que la conducta dispositiva de intereses entre las partes fue irrelevante para el derecho, se opone a la solicitud de perjuicios derivados de la relación contractual y esa antinomia impide un pronunciamiento simultáneo de las mismas.

Es decir, las pretensiones así planteadas son incompatibles en la medida en que la eventual declaración o prosperidad de la primera aniquila o veda las restantes, por lo que resultan oscuras, confusas, excluyentes u opuestas, pues, se itera, la inexistencia del contrato niega la obligación y al no existir ésta no pueden derivarse efectos jurídicos como los créditos o derechos que reclama el demandante en las otras súplicas.

Así las cosas, la Sub Sección considera que las pretensiones propuestas en la demanda, son excluyentes y si bien tienen autonomía propia no podían acumularse en la demanda, razón por la cual *prima facie* la demanda devendría en inepta y por lo tanto, en principio, sería menester inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo.

Sin embargo, a juicio de la Sala aún si se presentara la indebida acumulación de pretensiones, no es posible soslayar el mandato constitucional del artículo 228, de conformidad con el cual se debe garantizar el derecho de acceso a la justicia y evitar las decisiones inhibitorias, debiéndose, por el contrario, hacer prevalecer el derecho sustancial. Este principio ha permitido que jurisprudencialmente se tenga señalado por el Consejo de Estado que si en el momento de dictar sentencia se advierte la indebida acumulación de pretensiones, el juez debe fallar de fondo respecto de las pretensiones sobre las cuales tenga competencia e inhibirse en relación con aquellas en las que no la tenga³.

De acuerdo con el criterio anterior, la Sala entrará a estudiar las pretensiones restantes, para lo cual analizará, previamente, la relación sustancial que existe entre el demandante y la demandada y la validez del vínculo contractual materia de este proceso, por cuanto sobre esto último es menester puntualizar que se encuentran liminarmente sujetas a su validez, como quiera que *“...es presupuesto indispensable para abordar el juicio de valor que tienda a configurar el acto de cumplimiento, de incumplimiento o de no cumplimiento y, sin dicho presupuesto de eficacia, inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de la causal de invalidez, no podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y resultaría un contrasentido, según lo dicho, sostener que una [sic] de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales, se repite, por la existencia de la patología de ineficacia...”*²⁵

³ Consejo de Estado, entre otras providencias, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación de fechas 24 de agosto de 1990, expediente número 5582; 7 de octubre de 1999, expediente 4936, y auto del 28 de septiembre de 1999, expediente S-846. Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 1983, expediente 3024; sentencias de la Sección Quinta del 10 de agosto de 1995, expediente 4628; 4 de septiembre de 1995, expediente 4248; 6 de julio de 2003, expediente C-6729.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 1999, exp. 12085, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Además, en las controversias contractuales es obligación del juez velar por la legalidad del contrato fuente del conflicto que se somete a su consideración, toda vez que la exigibilidad de los derechos y obligaciones que se pretenden desprender de él, supone que sea ajustado a derecho, válido, es decir, que el contrato esté exento, por lo menos, de vicios de nulidad absoluta (declarables de oficio). En esta tarea el juez, como guardián de la legalidad y autoridad ante quien se ventila la respectiva acción, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir de manera antelada a la verificación de las obligaciones que se acusan omitidas o incumplidas, al reconocimiento de los derechos que se reclaman por infracción al acuerdo y a la imposición de las condenas que se pretendan, que el contrato se ajusta a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, mediante un estudio jurídico comprensivo de los requisitos o condiciones de validez del negocio jurídico.

5. La cesión del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989

La cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Sobre este negocio jurídico, la doctrina ha señalado:

“[C]uando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora - deudora). O dicho más escuetamente, la cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Con una precisión importante: que no es lo mismo indicar que en virtud de ella el cesionario adquiere las pretensiones crediticias, a la vez que asume las obligaciones del cedente, que agregar a ello que el cedente sale de la relación y queda liberado de obligaciones y responsabilidad para con el contratante cedido.”²⁶

Ni el Decreto Ley 222 de 1983 (como tampoco lo hizo Ley 80 de 1993 que solo hizo mención para autorizarla en el art. 41), ni el Código Civil, regularon la cesión del contrato -en este último lo que se consagra es la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.)-. En cambio, los artículos 887 a 896 del Código de Comercio definen la cesión del contrato.

De conformidad con lo anterior, en los contratos de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cualquiera de los contratantes podrá hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada del contrato, quien en adelante ocupará su posición jurídica (art. 887 C. Co.).

La cesión puede ser total o parcial; en la primera el cesionario asume la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la segunda, se agrega una nueva parte a

²⁶ Hineyrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Tomo I, 2002, pág. 522.

la relación circunscrita al aspecto o porción cedida, conservando el cedente su calidad de parte sobre lo no cedido.

La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito -como ocurrió en el sub lite- y en este último caso dando cumplimiento a las formalidades legales exigidas para el contrato cedido (art. 894 C. Co.). La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula "a la orden" u otra equivalente, en el que sólo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 art. 888 C. Co.).

Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.).

El contratante cedido, podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, y aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de aceptar la cesión, de acuerdo con el artículo 896 del C.Co.

El Estatuto mercantil consagra la responsabilidad del cedente y cesionario, que permite estipulación expresa en contrario, y la eventual reserva que puede hacer el contratante cedido de no liberar al cedente al autorizar la cesión, y exigir al mismo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, previo requerimiento al cedente, de acuerdo con el artículo 893 del C.Co.

De lo expuesto, importa resaltar que en virtud de la cesión el tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción; por eso, como señala la jurisprudencia *"los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente..."*²⁷

Trayendo las anteriores reflexiones al *sub exámine*, es menester señalar que quedó demostrado que el contrato de arrendamiento número 0427 de 1989 fue cedido totalmente por la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo de Inmuebles Nacionales en Liquidación al Distrito Capital de Bogotá D.C. el 19 de octubre de 1993, junto con el predio materia del mismo, mediante actas

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2011, Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01, M.P. William Namén Vargas.

suscrita en esa fecha entre el Ministro de Obras Públicas y Transporte, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y la Procuradora de Bienes del Distrito Capital, negocio jurídico que fue aceptado expresamente por el demandante según consta en documento del 10 de diciembre del mismo año.

Es de observar que esta cesión se hizo en cumplimiento del Decreto Ley 2171 de 1992 y su decreto reglamentario 1166 de 1993²⁸, en cuyo artículo 129 se ordenó la liquidación del Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por la ley 47 de 1971, modificado por la ley 51 de 1982 y los artículos 131 y 134 del mismo decreto que ordenaron ceder los contratos y los parques bajo su administración a los municipios o distritos en los cuales se encontraran ubicados.

De manera que es válido concluir que en virtud de la cesión dispuesta por la ley, la entidad territorial recibió la titularidad de los terrenos para la construcción del Parque Simón Bolívar y asumió la posición jurídica de parte del contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 y, por ende, en su calidad de cesionario podía ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podía a su vez oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente a éste último, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato.

De esta suerte, el Distrito Capital de Bogotá al contar con las prerrogativas, derechos y obligaciones que emanaban de dicho contrato de arrendamiento, en el estado en que se encontraran al momento de la cesión, podía reclamar la restitución del inmueble arrendado al término de su vencimiento, o de manera anticipada de acuerdo con la facultad prevista en la cláusula décima tercera -con por lo menos quince días-, una vez se iniciara en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar.

6. La validez del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989

Como se señaló, previo al estudio de las pretensiones indemnizatorias, la Sala analizará la validez del contrato en consideración a la naturaleza del bien arrendado y a los requisitos legales que debía cumplir en su formación.

6.1. Los bienes de dominio público y sus características

Como quiera que el contrato de arrendamiento objeto del *sub lite* tiene por objeto la disposición de un bien inmueble del que primeramente fue titular la Nación y luego por cesión el Distrito Capital de Bogotá, importa conocer dentro del marco de los bienes públicos²⁹ y su clasificación en cuál de ellos se ubica a fin de

²⁸ “ARTÍCULO 4o. El Liquidador del Fondo de Inmuebles Nacionales ejercerá las siguientes funciones: (...) 5. Transferir por medio de acta suscrita por las partes, todos los bienes y derechos existentes al momento de terminar el proceso de liquidación, al Instituto Nacional de Vías, conforme a lo ordenado por el Decreto 2171 de 1992. (...) ARTÍCULO 7o. El Fondo de Inmuebles Nacionales en liquidación, entregará los parques que estén bajo su administración, junto con los inmuebles por destinación dedicados a su mantenimiento, al Distrito Capital o a los municipios donde se encuentren ubicados, según el caso, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 134 del Decreto 2171 de 1992”.

²⁹ En la Constitución Política y en la legislación civil, se pueden distinguir dos tipos de bienes sujetos a regímenes jurídicos diferentes: i) los colectivos o públicos y ii.) los individuales o particulares que son del dominio privado. La Corte Constitucional, en Sentencia T-566 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, realizó las siguientes consideraciones respecto de estas clases de bienes y su titularidad:

determinar su regulación jurídica y la libertad o restricciones que esta imponga o no en relación con su uso y los actos de disposición sobre los mismos.

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala³⁰, es menester señalar que los bienes de dominio público de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades³¹, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o están afectados al uso común, tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política. Los define así el Código Civil:

“Artículo 674.- Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república.

1. Propiedad Privada: que bien puede ser Individual (art.58) o Colectiva (arts.329, 58 inciso 3º, 55 y 64).

2. Propiedad Estatal (art. 332) Son del Estado: i) el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política; ii) el mar territorial, iii) la zona contigua, iv) la plataforma continental, v) la zona económica exclusiva; vi) el espacio aéreo, vii) el segmento de la órbita geoestacionaria, viii) el espectro electromagnético (CP art. 102); ix) así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58).

3. Dominio Público (arts. 63, 82, 102): Se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con: a) la riqueza cultural nacional, b) el uso público y c) el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público y por la concurrencia del elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. (i) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989). (ii) Bienes afectados al uso público. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la Ley 9 de 1989 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la Constitución Política). (iii) Bienes afectados al espacio público. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9a de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice que las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto, que no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo". Así pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y, por lo tanto forman, parte del espacio público.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de febrero de 2001, 16.596, y de 6 de julio de 2005, exp. 12249 C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de 18 de marzo de 2004, exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En la primera sentencia la Sala confirmó la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda. sobre el inmueble denominado Parque Olaya Herrera.

³¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. Séptima Edición. Editorial Temis.1997. Bogotá D.C. Pág. 144.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

De acuerdo con este artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aún cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado.

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos³²; estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación.

Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran:

a) Alienables: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables.

b) Embargables: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley, como por ejemplo: i) los previstos en los numerales 2, 3, y 4 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales los bienes destinados a un servicio público sólo podrán embargarse en una tercera parte; o solo es susceptible de esta medida respecto de las dos terceras partes de las rentas bruta anual de las entidades territoriales; o respecto de aquellas sumas que constituyan anticipo de obras públicas por ejecutar, salvo cuando los créditos sean laborales y a favor de los trabajadores de la misma; ii) las rentas incorporadas al presupuesto general de la Nación y demás entidades territoriales por virtud del artículo 18 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, o iii) las transferencias recibidas de la Nación por parte de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 1221 de 1986.

c) Imprescriptibles: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto -ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades

³² Un bien baldío es aquel terreno urbano o rural sin edificar o cultivar que forma parte de los bienes del Estado, porque se encuentra dentro de los límites territoriales y carece de otro dueño. Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1992.

públicas, cuando indica: *“La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”*.

Por su parte, los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común.

En relación con las características de los bienes públicos la Sala precisó en la jurisprudencia vigente en la materia³³ que el titular del derecho de dominio de acuerdo con la Constitución Política es el Estado (*“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.”*), y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la misma Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio.

La Corte Constitucional, se pronunció a propósito del significado de las anteriores características, así:

“a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc.

“b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

“c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes³⁴. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados.”³⁵

En efecto, las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de febrero de 2001, exp. 16.596, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³⁴ Cfr. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Novena edición. Editorial Tecnos. Madrid.1989, pág. 405 y ss.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-566 de octubre 23 de 1992, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

colectiva, pues lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público.³⁶ Y esa destinación al uso común, por la que debe velar el Estado, encuentra en el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable que los caracteriza, y que de paso los coloca fuera del comercio, garantía de su utilización a la destinación colectiva, en tanto bienes usados por la comunidad, tal como así dispone el artículo 63 de la Constitución Política:

"Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables" (Subraya la Sala).

En consonancia con este mandato constitucional, dentro de esos bienes de uso público, el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela en particular en el artículo 82 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.), así:

"Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular." (Se destaca)

En este mismo sentido el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, define el espacio público en los siguientes términos:

"Artículo 5°. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

"Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo" (Subraya la Sala).³⁷

³⁶ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano et al. Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2, Ariel Derecho, Barcelona, 5ª edición, 1998, p. 39.

³⁷ El concepto de espacio público tiene actualmente un carácter amplio, en tanto no se limita exclusivamente al ámbito del suelo físicamente considerado, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del

Nótese que tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad.

Además, ese carácter inalienable, imprescriptible³⁸ e inembargable del espacio público, implica que su destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público, tal y como enseñan Marienhoff³⁹, De Laubadère⁴⁰ y Garrido Falla⁴¹.

Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad de los bienes de uso público y el espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en su acceso y goce común (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general⁴².

mar territorial. Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

³⁸ El carácter imprescriptible también lo establece en el artículo 2519 del Código Civil. Sobre el tema ver García De Enterría, Eduardo, Sobre la imprescriptibilidad del dominio público, en Revista de Administración Pública, Año V, No. 13, enero-abril 1954, Instituto de estudios políticos, Madrid, p. 11 y ss.

³⁹ Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V "Dominio Público", Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1988, p. 38 y ss

⁴⁰ "El dominio público es inalienable y en consecuencia es imprescriptible. "Para algunos, esta regla exorbitante es la que hace inadmisibile la idea de propiedad; pero se ha alegado que la inalienabilidad confirma, por el contrario, la propiedad, puesto que constituye una interdicción de vender, que sería inútil promulgar frente a un no propietario (BONNARD, Précis de droit administratif, 4e éd., p. 549). "La finalidad de la inalienabilidad del dominio público consiste en proteger la afectación del bien y en garantizar que se utilizará conforme a su destino; no existe entonces sino en la medida en que ella es necesaria para garantizar la afectación" (Citado por GUSTAVO PENAGOS, en Los bienes de uso público. Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998, p. 21.)

⁴¹ Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 409 y ss. En el mismo sentido: Parejo, Luciano, Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general, RAP, núms. 110-112, 1983; García De Enterría, Eduardo, Sobre la...op. Cit.; Bermejo Ver, José, Derecho Administrativo parte especial, Ed. Civitas, Madrid, Cuarta edición, 1999, p. 343.

⁴² "La utilización colectiva, o uso común, es la que tiene lugar por el público en general y, por tanto, indiscriminadamente, en forma anónima, sin necesidad de título alguno. Este es el tipo de utilización que corresponde a las vías públicas terrestres (carreteras, calles, plazas, paseos) (...) Normalmente, la utilización de los particulares se traducirá en una actividad de circulación o en una situación de breve estacionamiento, pudiendo, en ocasiones, llegar a aprovecharse de los frutos o productos de la dependencia demanial (pesca, caza).

El uso común general, o régimen normal de las utilizaciones colectivas, se rige por los principios de libertad, igualdad y gratuidad, principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes" Parada, Ramón, Derecho Administrativo, III, Bienes públicos-derecho urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 2002, novena edición, p. 76.

De ahí que los concejos como autoridades que reglamentan los usos del suelo deben respetar y asegurar el acceso de todos los administrados al uso común de dichos bienes.

Ahora, si bien es cierto existe alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, dado que hacen parte de los bienes públicos y su afectación propende por el desarrollo de los principios y fines del Estado, es claro, que se diferencian fundamentalmente por los derechos que se detentan sobre los mismos y por la posición de la comunidad frente a ellos, tal y como lo explica la jurisprudencia así:

“Respecto de lo primero, o sea de los derechos que comprenden, debe tenerse en cuenta que los bienes de uso público son de propiedad del Estado, quien los administra, protege y reglamenta su uso, sin que puedan ser objeto de actos o negocios jurídicos que impliquen la limitación de su uso y disfrute por los ciudadanos. En tanto que, por este aspecto, los bienes fiscales se caracterizan porque el Estado es titular del derecho de dominio similar al que se ostenta respecto de los bienes particulares, que implican su uso, goce y disposición.

En cuanto a la situación de la comunidad frente a los bienes públicos, los de uso público están destinados principalmente al disfrute de todas las personas, sin perjuicio de los límites que su naturaleza imponga; en tanto que los bienes fiscales tendrán un uso restringido, puesto que están destinados, fundamentalmente, al funcionamiento del Estado y a la prestación de los servicios públicos a su cargo.”⁴³

En consecuencia, los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común.

Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional cuando ha permitido ciertas afectaciones al dominio público que tienden justamente a hacer realidad esa destinación al uso común, así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha encontrado que la destinación de troncales para el uso exclusivo de sistemas de transporte masivo de pasajeros no solamente no atenta contra la Constitución, sino que desarrolla el mandato⁴⁴. Por su parte el Consejo de Estado encontró ajustado a la Constitución el cobro del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos o recreacionales siempre y cuando se le permita a la comunidad en general, la realización o la participación en las actividades mencionadas, sin establecer discriminación alguna, de modo que antes que atentar contra el interés general, se encaminan hacia él,⁴⁵ lo mismo que no advirtió ilegalidad en la

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alier E. Hernández, Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa, Demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, en esta sentencia se declaró la nulidad de un contrato de arriendo sobre predios que hacían parte del parque “El Lago” en Bogotá.

⁴⁴ Corte constitucional, sentencia C 568 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de agosto de 1995, exp. 3237, C.P. Nubia González Cerón.

reglamentación del parqueo en zonas azules,⁴⁶ ni en la contratación con agentes privados para la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las vías (arts. 82 C.P. y 7 Ley 9 de 1989) en especial para el cobro por aparcamiento en las vías públicas, toda vez que no impiden el uso del espacio público ni atentan contra los bienes de uso público ni impiden u obstaculizan su utilización, sino que, por el contrario, a la vez que implican la racionalización en el uso de las vías públicas, permiten al municipio la obtención de unos recursos adicionales⁴⁷.

También la Sala ha considerado que *“...el cobro por el uso del espacio público cuando quiera que configura una barrera de acceso al destino común por parte de la comunidad configura una violación del régimen constitucional y legal antes señalado, en tanto atenta contra la naturaleza, integridad y finalidad del mismo, por cuanto el objeto de esta medida no es la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a esta categoría de bienes sino que, por el contrario, impide el uso y disfrute que sin discriminación alguna corresponde a la comunidad...”*⁴⁸

6.2. La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento 0427 de 1989

Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato materia de este proceso, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad.

La Sala concluye que el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de una porción de terreno afectado a un parque público, esto el Simón Bolívar, está definido como tal en la normatividad vigente; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración.

En efecto:

.- La Ley 31 de 1979 (art. 5), ordenó la construcción de un parque popular en terrenos o zona de “El Salitre” en Bogotá, para conmemorar el bicentenario del

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 1998, Radicación número: 3940, Actor: Personero de Santa Fe de Bogotá, Demandado: Secretario de Tránsito y Transporte de Santa fe de Bogotá, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de enero de 2.001, Radicación número: AP-162, Actor: Jorge Alfonso Quiroz Arango, Demandado: Municipio de Medellín, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; en el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, sentencia de 14 de febrero de 2002, Radicación número: 23001-23-31-000-1999-1668-01(AP-320), Actor: Edgardo Hiram de Santis Caballero, C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, sentencia de 6 de octubre de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Natalicio del Libertador Simón Bolívar, por conducto del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y con la colaboración del Distrito Especial de Bogotá.

.- Mediante el Acuerdo 7 de 1979 del Concejo Distrital, *“Por el cual se define el Plan General de Desarrollo integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá”*, declaró Zona Verde Metropolitana parte de los terrenos sin desarrollar de la antigua Hacienda El Salitre con el objeto de conformar un parque central a escala metropolitana en la Ciudad de Bogotá (norma vigente en esta materia al momento de la celebración del contrato que se encuentra en el origen de la controversia que mediante el presente pronunciamiento se dirime)⁴⁹.

.- El Gobierno Nacional mediante los Decretos 3207 de 26 de diciembre de 1979 y 248 de febrero 8 de 1980, creó el comité para impulsar la realización de la obra, conjuntamente con el Distrito Capital, y uno de los miembros era el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Luego mediante Decreto Ley 2229 del 30 de diciembre de 1982, se integró dicho comité.

.- Mediante Decreto 1656 de 1982, el Alcalde Mayor de Bogotá adoptó el Plan Maestro del Parque Simón Bolívar (luego modificado por los Decretos Distritales 616 de 1993, 1022 de 1998, 727 de 1999, 300 de 2003, 254 de 1994, 360 de 2010, entre otros), delimitado así:

“Por el Norte: Costado Sur de la Calle 64, entre la Avenida Ciudad de Quito, y la Avenida Carrera 68; costado Sur de la Avenida 63 entre la Avenida Carrera 68 y la Avenida de La Constitución.

Por el Sur: Por el costado Norte de la Avenida 63, entre la avenida Ciudad de Quito y la Carrera 60; por el costado Norte de la Avenida Eldorado, entre el costado Occidental de la Carrera 60 y la Carrera 55; por la Calle 53 (trazado actual) entre la Carrera 55 y la intersección Sur-Occidental de nuevo trazado de la Calle 53 con la Avenida Carrera 68; lindero Sur del predio de propiedad del Distrito, localizado al Sur de la futura intersección y el eje peatonal del Parque Simón Bolívar - Terminal de Transporte y costado Sur de los predios del Jardín Botánico entre la prolongación del eje peatonal antes citado y la Avenida de La Constitución.

Por el Oriente: Costado Occidental de la Avenida Ciudad de Quito entre la Calle 64 y la Avenida 63; costado Occidental de la Carrera 60 (nuevo trazado), entre la Avenida 63 y la Avenida Eldorado.

Por el Occidente: Costado Oriental de la Avenida Carrera 68 entre la Calle 64 y la Avenida 63; costado Oriental de la Avenida de la Constitución entre la Avenida 63 y el costado Sur del predio el Jardín Botánico y lindero Sur del predio de propiedad del Distrito al Sur de la Calle 53; Carrera 55 entre la Calle 53 y la Avenida Eldorado, excluyendo los predios del costado Oriental de la Carrera 55, pertenecientes a la Urbanización El Salitre, I Sector.”

⁴⁹ Este acuerdo fue derogado en el Distrito Capital por el Acuerdo No. 6 de 1990, “[P]or medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones”. Igualmente, las actividades de recreación activa y pasiva están hoy definidas en el Decreto Distrital número 619 de 2000, mediante el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de la capital de la República.

Parágrafo.- Se excluyen los terrenos con Tratamiento de Redesarrollo definidos por el Acuerdo 7 de 1979, correspondiente al sector de El Rosario, los cuales serían motivo de concertación para su desarrollo futuro.”⁵⁰

En este sentido, al comparar los linderos del bien inmueble arrendado (2.781,57 M2 en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá establecidos en la cláusula primera) y la afectación realizada en la Ley 31 de 1979, el Acuerdo 7 de 1979 del Concejo Distrital que declaró Zona Verde Metropolitana parte de los terrenos sin desarrollar de la antigua Hacienda El Salitre con el objeto de conformar un parque central a escala metropolitana en la Ciudad de Bogotá y el Plan Maestro del Parque Simón Bolívar adoptado en el Decreto distrital 1656 de 1982⁵¹ (surcado por las avenidas Transversal 48, Carrera 68 de oriente a occidente y las calles 63 y 53), y en vista de lo consagrado en el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, se observa la calidad que tiene de bien de uso público.

Esta afectación al uso público y calidad del bien inmueble arrendado eran conocidas desde el inicio por las partes contratantes, como claramente se puede colegir de la cláusula décima tercera, numeral 4 del contrato, en la que pactaron su devolución o restitución anticipada mediante requerimiento que el arrendador le hiciera al arrendatario dado con quince días de anticipación, “una vez se iniciaran en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar”.

Se precisa que la sola circunstancia de que dicho inmueble hubiese sido cedido por la Nación al Distrito Capital de Bogotá no cambia su naturaleza de bien de uso público a bien fiscal ni lo incorpora en el comercio de los bienes y por el contrario ratifica su naturaleza, como quiera que dicha operación realizada al ser liquidado el Fondo de Inmuebles Nacionales se hizo con la finalidad exclusiva de cumplir con la destinación para la cual fue afectado, esto es para el Parque Simón Bolívar,

⁵⁰ Según el Artículo 2º El área a que se refiere ese Decreto, está conformada: “por terrenos sin desarrollar del sector de El Salitre y los desarrollados con uso Recreativo o Institucional, los cuales son de propiedad de diversas entidades públicas y privadas, tal como indica en el Plano 1, "Plano de Propiedades y Canjes", que es parte integrante de esta reglamentación, así: a. Ministerio de Obras Públicas y Transportes propietario de la mayor parte de los terrenos, dos de ellos administrados por terceros: "El Lago" por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte y el Club de empleados Oficiales por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, (Lotes 1, 2, 3 y 4). b. Ferrocarriles Nacionales de una franja de 3.2 Has., aproximadamente en terrenos del Parque, (Lote 5). c. Beneficencia de Cundinamarca, tiene una extensión de 26.53 Han., que han sido declaradas Zona Verde Metropolitana por el Honorable Concejo Distrital según el Acuerdo 7 de 1979, (Lotes 6A y 6B). d. Curia Metropolitana del área del Templete Eucarístico y del área anexa, (Lote 7). e. Distrito Especial de Bogotá del terreno restante, incluyendo la parte deportiva que es administrada por Coldeportes, (Lotes 8, 9, 10 y 11). f. Cualquier otro predio incluido dentro del área del proyecto, tales como el predio 12 de propiedad privada, quedan ratificados en su uso de Zona Verde Metropolitana tal como ordenó el Acuerdo 7 de 1979.”

⁵¹ Si bien no se allegó al expediente copia auténtica de los actos administrativos generales de alcance distrital a los cuales se acaba de hacer alusión, en los términos previstos en los artículos 188 del C. de P.C. y 141 del C.C.A., los referidos conjuntos normativos pueden ser consultados libremente en la página web de la Alcaldía Mayor de Bogotá en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma>, razón por la cual deben ser tenidos en consideración por el Juez al momento de fallar, comoquiera que los avances de las nuevas Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones ponen a disposición del operador jurídico diversos elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial, con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales, según se expuso en Sentencia de 15 de agosto de 2007, Exp: AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, Actor: Luis Alejandro Burbano Idrobo, Demandado: Departamento Del Cauca y Otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, con fundamento en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, interpretados armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999.

como tampoco muta ese carácter porque hubiese sido objeto de un negocio jurídico⁵².

6.3. La improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público

De acuerdo con las normas relativas a los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, se desprende la improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público, como así lo ha señalado reiteradamente esta Corporación⁵³. En efecto, dado que una de las características fundamentales de los bienes de uso público, es la de que su goce y disfrute sea de toda la comunidad, resulta ilegal el arrendamiento de un bien de uso público, toda vez que este tipo contractual, como atrás se anotó, confiere la utilización exclusiva del bien al arrendatario.

Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público, en tanto esta modalidad contractual afecta su destinación al uso común:

“Estas premisas sirven de fundamento a la Sala para concluir que los bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:

“Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio⁵⁴, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita⁵⁵.

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

“En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que

⁵² Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alier E. Hernández.

⁵³ Entre muchas otras sentencias las proferidas el 22 de abril de 2004, expediente 16245, el 16 de febrero de 2001, expediente 16596, el 24 de mayo de 2001, expediente 12247 y el 22 de noviembre de 2001, expediente 12859.

⁵⁴ Según el profesor José J. Gómez “los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno.” Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

⁵⁵ Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien”.⁵⁶

“La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes.”⁵⁷

También reitera la Sala que lo expuesto no implica el desconocimiento de la potestad que tienen las entidades para convenir la administración o aprovechamiento de los bienes de uso público con los particulares, mediante la utilización de figuras regladas, sino que insiste en que tales finalidades no pueden lograrse por medio del contrato de arrendamiento por las razones ampliamente explicadas en la citada sentencia⁵⁸.

6.4. La transgresión a la prohibición establecida en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983

Como se dijo, el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983, señaló que *“cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”*

Es decir limitó la duración de los contratos de arrendamiento que celebraran las entidades sujetas a dicho estatuto. Significa lo anterior que los contratantes están impedidos para convenir un plazo superior al consagrado en la ley y a prorrogarlo o renovarlo si se ha llegado a ese límite, pues otra interpretación conduciría a permitir que la administración diera bienes en arrendamiento por un término superior al plazo anotado, incurriendo en una prohibición y por ende en violación al artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983 que la establece, dando lugar a una nulidad absoluta del contrato (artículo 78 letras b. y c. del Decreto Ley 222 de 1983)⁵⁹.

⁵⁶ Gómez Estrada, Cesar. De los principales contratos civiles. Santafe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafe de Bogotá, D.C, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales.

⁵⁸ En la sentencia citada, con apoyó en Marienhoff, la Corporación aclara: “...luego de señalar que la inalienabilidad de los bienes del dominio público no traduce en que ‘estén absoluta y totalmente sustraídos del comercio jurídico’, porque ‘en principio sólo es incompatible el comercio jurídico de derecho privado, pero en modo alguno el de derecho público, pues éste, también en principio, no menoscaba la afectación de los bienes...la inalienabilidad, pues, no constituye un principio absoluto, cerrado, de aplicación mecánica’. Precisó que tales bienes no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento: ‘[j]uzgo que esa forma de conferir el uso de los bienes públicos, de locación o arrendamiento, solo tiene el nombre. En realidad, en todos los supuestos, se trata de verdaderos permisos o concesiones de uso según los casos, que son las formas propias de conferir el uso de esos bienes (...) De modo que, por más que la ‘inalienabilidad’ no sea un dogma inmutable, ni un principio absoluto, la locación o el arrendamiento – figuras típicas del derecho privado – no son formas jurídicas adecuadas para atribuir y regular el uso de las dependencias del dominio público.”

⁵⁹ Ver entre otras providencias, Sección Tercera, Auto de 12 de julio de 2001, C.P. María Elena Giraldo, Exp. 19870; Sentencia de 24 de mayo de 2001, Exp. 12247, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 15 de marzo de 2001, 13352, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Por eso, llama la atención el hecho de que entre las mismas partes y sobre el mismo bien inmueble se hubiesen celebrado dos contratos de arrendamiento en forma consecutiva: primero, el contrato de arrendamiento n.º 469 de 1985 con un plazo de 36 meses, esto es, por 3 años; y segundo, el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, que aceptan las partes de este proceso que lo reemplazó, también por un plazo de 36 meses, que sumados, arrojan un total de 6 años continuos, término que excede el límite temporal de 5 años previsto en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983 para dar en arriendo un inmueble, norma ésta imperativa y de orden público que indiscutiblemente hace parte del derecho público de la Nación, no siendo susceptible de disposición, inaplicación o derogación de sus efectos en virtud de la autonomía negocial de las partes (art. 16 C.C.)⁶⁰.

En consecuencia, además del vicio de ilegalidad en que recayó el contrato 0427 de 1989 al tener por objeto el arrendamiento de un bien de uso público, la Sala encuentra también que con este segundo negocio jurídico sobre el mismo predio se soslayó, eludió y burló la norma del artículo 157 del Decreto –Ley 222 de 1983.

7. La causal de nulidad que afecta el contrato de arrendamiento 0427 de 1989 y su declaratoria de oficio

El artículo 78 del Decreto ley 222 de 1983, norma aplicable por ser la que regía al tiempo de la celebración del contrato del *sub iudice*, establecía que además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refería dicho estatuto, son absolutamente nulos y sin posibilidad de sanearlos por ratificación de las partes, cuando “b. Cuando contravengan normas de derecho público” y “c. Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”.

El Código Civil, por su parte, en los artículos 1502, 1740 y 1741, estructura, entre otras, la nulidad absoluta del contrato producida por objeto ilícito y en particular enseña en el artículo 1519 que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...” y en el artículo 1523 del mismo código establece que “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”

Entonces, al unísono los artículos 78 letras b. y c. del Decreto 222 de 1983 y 1519 del Código Civil establecen que está viciado de nulidad absoluta el contrato que se celebre cuando contravenga normas de derecho público, o se *celebre contra expresa prohibición constitucional o legal*, infracción que constituye un objeto ilícito, vicio este que afecta, precisamente, el contrato del caso concreto.

En efecto, está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como sucede cuando se celebra un contrato de arrendamiento de un bien de uso público mediante el cual se obliga a entregarlo a un particular para su uso y goce exclusivo, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a toda la comunidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.

Por consiguiente, para la Sala es evidente que el contrato de arrendamiento 0427 de 1989, se suscribió con violación de normas imperativas relativas al régimen de los bienes de uso público, lo que configura la causal de nulidad absoluta del

⁶⁰ C.C.: “ARTICULO 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

contrato por objeto ilícito, prevista en los referidos artículos 78 letra b. del Decreto ley 222 de 1983 y 1521 del C. C.

Igualmente, es palmario que dicho contrato fue pactado infringiendo el artículo 157 del Decreto –Ley 222 de 1983, que, como se señaló, prohibía el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles por más de cinco años y por lo tanto se configura también la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito de que trata los artículos 78 del Decreto Ley 222 de 1983 letra c. y 1523 del C.C.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala decretará de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento 0427 de 1989, aún (sic) cuando no existe petición expresa de parte, pues el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que así lo establece en los siguientes términos:

“Artículo 1742.- Subrogado. L. 50/36, art. 2º. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

Así mismo, la declaración oficiosa de la nulidad absoluta, es un mandato establecido en el parágrafo del artículo 78 del Decreto ley 222 de 1983, a cuyo tenor: *“Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes.”*

En concordancia con las normas anteriores, de conformidad con el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁶¹, el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

La jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que esta facultad puede ejercerla al dictar el fallo *“en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”*⁶².

En el caso concreto son partes en este proceso, en calidad de demandante y demandado, las personas que, a su vez, ostentan la calidad de partes contratantes en el contrato de arrendamiento 0427 de 1989 fuente de los derechos y obligaciones que se discuten en el presente proceso, esto es, el arrendatario Felipe Antonio Parra Alvarado y el arrendador Distrito Capital de Bogotá⁶³, y los

⁶¹ En su versión del artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, pues luego modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

⁶² Sobre el tema pueden consultarse las sentencias de 7 de octubre de 1999, exp. 12387, de 1º de agosto de 2002, exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, exp. 12249. Ver: Betancur Jaramillo, Carlos Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, sexta edición, 2002, pág. 563

⁶³ Cabe anotar que si bien el contrato en este evento fue celebrado por el Fondo de Inmuebles Nacionales, lo cierto es que en virtud de la cesión total que en cumplimiento de la ley se le hizo al Distrito Capital de Bogotá, ésta asumió la calidad de parte y tomó la relación jurídica en el estado en que se encontraba al

vicios que ameritan declarar oficiosamente la nulidad absoluta se encuentran demostrados y determinados, según se analizó en precedencia, motivos por los cuales resulta procedente la citada declaratoria de nulidad, tal y como así lo dispondrá la Sala en la parte resolutive de esta providencia⁶⁴.

Con fundamento en todo lo anterior la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato y definirá las restituciones mutuas a que haya lugar.

En las anteriores circunstancias, como la ejecución de las prestaciones que se discuten encuentran su causa justificativa en las cláusulas y estipulaciones que se declararán nulas, se tiene que las pretensiones no pueden prosperar, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del negocio jurídico o de la cláusula fuente de una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad por el incumplimiento del mismo, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo.

8. Las restituciones mutuas

En cuanto a las consecuencias de las decisiones enunciadas, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica su aniquilamiento, esto es, desaparece del mundo jurídico como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, entendiéndose que no ha producido efectos entre las partes y retrotrayendo las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la expedición del acto o la celebración del contrato, según se trate; es decir, vuelve la situación al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del contrato o la estipulación contractual nula, o sea, que tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sin perjuicio de lo establecido para objeto y causa ilícitas.

momento, convirtiéndose a partir de ésta, en parte del contrato, esto es, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones que emanan del mismo; además los motivos que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato son de carácter objetivo, es decir, no atañen a circunstancias personales de los contrayentes y además el mencionado fondo desapareció de la vida jurídica pues fue liquidado de manera que tampoco podría haber sido traído al proceso, sino que compareció al mismo, como debía ser, su causahabiente –Distrito Capital de Bogotá- en este negocio jurídico en particular por virtud de la cesión aceptada por el contratista.

⁶⁴ Es importante señalar, como lo ha dicho la jurisprudencia, que "...esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción, porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial en el sentido que propone el actor. No obstante, tal poder está limitado en los términos del referido artículo 1742 del C.C., que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos; norma esta que resulta aplicable si se tiene en cuenta que el decreto ley 222 de 1983 nada dijo al respecto y que el Código Contencioso Administrativo se limitó a regular lo relativo a la imprescriptibilidad e inenajenabilidad de los bienes del Estado. Cabe tener en cuenta también, conforme lo ha advertido esta Corporación, que tal saneamiento de la nulidad absoluta no opera cuando el vicio de invalidez se produce en consideración a la características de los bienes de uso público, bajo el entendido de que tales eventos están amparados por la imprescriptibilidad, según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución y en el parágrafo 1 del artículo 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998. Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato que recayó sobre un bien de uso público, conforme lo indicó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, actor: Personería Distrital de Bogotá. En esta oportunidad reiteró lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana [Sentencia de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976. El legislador acogió esta tesis jurisprudencial en el art. 44 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 136 del C.C.A, que prescribe: "Parágrafo 1°. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará"]. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alier E. Hernández.

Es así como, el artículo 1746 del Código Civil establece que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad, tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo⁶⁵; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, a cada parte surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando éstas han tenido por fuente un objeto o causa ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquél y el artículo 1525 *ibídem*, en cuya virtud en este caso no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado⁶⁶.

En relación con esta expresión, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

"5. Por mandato legal y como principio de orden general, la nulidad cualquiera que sea su especie -absoluta o relativa-, una vez declarada, consagra en pro de las partes contratantes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo, cumpliéndose este objetivo a través de las restituciones mutuas. Sin embargo se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud (art. 1525 C.C.).

"6. Esta excepción es de un gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

"Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa 'a sabiendas' de la ilicitud.

"Ahora, ¿qué se entiende por 'a sabiendas'? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, estas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (arts. 28 y 29 del C.C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.

"En ese orden de ideas, el adverbio 'a sabiendas', según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa 'de modo cierto', 'a ciencia segura', o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525

⁶⁵ "Artículo 1746.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita."

⁶⁶ "Artículo 1525.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Aunque no aplique en el presente asunto por ser una norma posterior, cabe observar que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, a propósito de los efectos de la declaración de nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva determina que no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria; y agrega que 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, entendiéndose que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

del Código Civil cuando utiliza la locución 'a sabiendas', expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 No.1, 1870, 1992 y 2017)⁶⁷

Sin embargo, existen situaciones en las cuales en forma excepcional y teniendo en cuenta que la invalidez del negocio no ha impedido que las partes hayan ejecutado prestaciones recíprocas y útiles para las mismas, se reconoce la existencia efímera de las mismas, en aras de la protección de intereses por la realización de hechos consumados que imposibilitan volver al estado inicial; se refiere la Sala, por ejemplo, a aquellos contratos de ejecución sucesiva en los cuales no es posible retrotraer íntegra y totalmente el estado anterior, lo que genera que ciertos efectos pese a la declaración permanezcan y que la ineficacia rija hacia el futuro (*ex nunc*).

Sobre este tema se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera⁶⁸ en los siguientes términos:

“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; **pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo**, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, **concesión**, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)” (Resaltado por fuera del texto original).

No obstante, el principio de equidad debe privilegiarse en este análisis, de manera que los hechos consumados por los contratantes y de imposible restitución no generen un desequilibrio o detrimento patrimonial para uno de los contratantes. De ahí que, resulta una pieza importante en esta labor, lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 1746, según el cual en las restituciones mutuas que deban realizarse los contratantes por la declaratoria de la nulidad, 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 y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales de estas situaciones.

En otras oportunidades, esta Sala ha precisado que:

“...ante el vacío de la ley sobre el particular, y en aras de consultar la realidad jurídica y social que impone el comportamiento antijurídico derivado de un contrato nulo, [opta por]que se analicen y confronten, de manera distinta, los efectos cuando versa la relación negocial en un contrato de ejecución instantánea, que

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de enero de 1971, En G.J. Nos. 2340 a 2345, págs. 42 a 52.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

como tal, permite volver las cosas al estado en que se encontraba antes de su formación, a los que giran alrededor de un contrato de tracto sucesivo, en los que no siempre se podrán imponer esos alcances, puesto que las prestaciones causadas, las más de las veces, impedirán el restablecimiento al estado anterior al aniquilamiento del negocio, por los factores fácticos que se pueden apreciar. Así, por ejemplo, las prestaciones efectuadas y no restituidas, el disfrute y uso de las cosas, los servicios prestados han de remunerarse. Se debe entender, pues, que ante la realidad de hechos consumados, se ha de reconocer la existencia pasajera o efímera del contrato de ejecución periódica, para, de ese modo, hacerle producir efectos cuando fuere posible, en esa etapa, con las obvias consecuencias económicas o de valoración, de tal manera que para determinada situación, han de consultarse las realidades fácticas con las previsiones normativas, para encontrar, en cada caso, la solución en equidad, de tal suerte que no se alteren las condiciones naturales de las partes...”⁶⁹

Siguiendo la orientación jurídica expuesta, a propósito de las restituciones mutuas que deban hacerse en virtud del pronunciamiento de nulidad, la Sala advierte que no está demostrado que las partes hayan celebrado el acuerdo que se anulará, con pleno conocimiento y conciencia de que se infringía la ley, lo cual impide concluir que hubieran actuado conjuntamente a ciencia cierta, con conocimiento real o de mala fe, es decir, “a sabiendas” de la ilicitud.

Sin embargo, aunque teóricamente es procedente disponer lo necesario para que la situación quede igual a como estaba antes de la asunción de las obligaciones previstas en las estipulaciones inválidas, en este caso concreto no habrá lugar a decretar restitución alguna entre las partes, pues la Sala advierte que, por una parte, la entidad pública demandada ya logró la restitución del bien inmueble objeto del contrato demandado y, por otra parte, el demandante pagó los cánones de arrendamiento por el derecho al disfrute y tenencia del bien mientras duró el contrato, prestación esta última que resulta un imposible físico devolver *in natura* a aquélla para volver las cosas al estado primigenio y, por ende, dichos valores habrán de entenderse como el equivalente a esta prestación ejecutada.

En otras palabras, aun cuando el contrato n°. 427 de 1989 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas, pues materialmente no se puede retrotraer el contrato a tal punto que el contratista pueda deshacer o devolver el uso y disfrute del bien, para que, a su vez, la entidad estatal restituyera los valores recibidos por cánones de arrendamiento.

De otra parte, como quedó establecido en el dictamen pericial y en su aclaración, las mejoras que se construyeron fueron exclusivamente para el uso del asadero y las partes cubiertas fueron retiradas sin ninguna dificultad para ser trasladadas a la nueva sede del establecimiento de comercio en donde continuó su funcionamiento, quedando sólo la zona de parqueo construida para el funcionamiento del asadero (servicio al que estaba destinado) y no como mejora necesaria del terreno; es decir, el parqueadero no es una mejora necesaria, esto es, una obra realizada para la conservación y mantenimiento del terreno en las condiciones y estado en que lo recibió el contratista (art. 1993 C.C.), ni tampoco podría ser considerada una mejora útil cuyo valor fuere reembolsable (art. 996 C.C.) puesto que no está demostrada en el proceso el aumento del valor venal del terreno por la misma ni alguna autorización o consentimiento expreso de la

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1984, exp. 3071, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

entidad demandada (o de la cedente) para su construcción (art. 1994 C.C.). Por tales motivos no procede una restitución por este concepto.

En síntesis, la Sala bajo el prisma de la equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), y por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva en el que existen hechos o situaciones consumadas y de imposible restitución, determina que no hay lugar a ordenar restituciones mutuas⁷⁰.

De conformidad con lo anterior, la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, no ordenará restituciones mutuas y negará las pretensiones de la demanda.

9. Costas

Teniendo en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

MODÍFICASE la sentencia apelada, esto es, aquella proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 14 de agosto de 2001, cuya parte resolutive quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento n° 0427 de 24 de agosto de 1989, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN LUGAR a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CUARTO: ABSTIÉNESE de condenar en costas.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

⁷⁰ Vid. Decisiones similares Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en las sentencias de 7 de junio de 2007, exp. 16.020, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 15.004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO