**REPARACIÓN DIRECTA – Caducidad de la acción**

La caducidad es un fenómeno jurídico que se presenta en los eventos en que los personas dejan transcurrir el tiempo sin ejercen su derecho en el término establecido por la ley, y en consecuencia pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción. Este término se consagra como uno de los desarrollos del principio de seguridad jurídica, puesto que asegura la existencia de un plazo objetivo para que el ciudadano pueda hacer efectivos sus derechos; tradicionalmente se ha considerado que no puede ser materia de convención antes de su cumplimiento, o de renuncia, una vez cumplido. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, no admite renuncia ni suspensión, salvo en el evento de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho y se interrumpe con la demanda. Su consagración en el ordenamiento jurídico está orientada a ofrecer certeza jurídica a quienes tienen interés en acudir a la justicia para obtener la protección de sus derechos y también a la colectividad, a la cual debe garantizársele la seguridad jurídica, de tal modo que cuando se desconoce el término de caducidad se vulnera el derecho al debido proceso. El artículo 136 numeral 8 del Decreto 01 de 1984, estableció que la acción de reparación directa debe intentarse dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho, la omisión o la operación administrativa que de origen al perjuicio, pero la jurisprudencia ha considerado que en algunas ocasiones, cuando el hecho no se hizo visible, el término se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia. En el presente caso, las pretensiones de la demanda persiguen el reconocimiento del daño causado a los demandantes por la pérdida de la oportunidad de continuar beneficiándose del contrato de arrendamiento del inmueble denominado “Parque Olaya Herrera”, a raíz de la declaratoria de nulidad del contrato, decretada por el Consejo de Estado, en providencia del 16 de febrero de 2001 y la devolución del bien, que se hizo efectiva el día 2 de abril de 2001, según acta suscrita por las partes. Para la Sala, aunque el hecho dañoso fue conocido desde el momento en que se declaró la nulidad del contrato mediante sentencia judicial, éste se concretó con la devolución del bien, ya que a partir de ese momento cesaron los ingresos percibidos por los arrendatarios del inmueble, derivados de la administración del predio. De acuerdo con el juez de primera instancia el término de caducidad debía empezar a contarse desde la devolución del bien al IDRD, el 2 de abril de 2001, de lo cual infirió que, al presentarse la demanda el 13 de mayo de 2003, ya había operado la caducidad de la acción. No obstante, observa la Sala que se allegó al plenario, acta mediante la cual se declaró fallida la conciliación adelantada por las partes ante la Procuraduría General de la Nación; la solicitud fue presentada el 14 de febrero de 2002 y se celebró la audiencia de conciliación el 18 de abril del mismo año, motivo por el cual durante ese lapso, el término de caducidad estuvo suspendido, es decir que la suspensión fue de dos meses y tres días. De esta manera, si el término de caducidad vencía el 3 de abril de 2003 y a éste debía sumarse el tiempo de suspensión, la acción podía presentarse hasta el 5 de junio de 2003, y al ser incoada el 13 de mayo de ese año, se hizo dentro del término previsto en la ley.

**PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS** **- Aplicabilidad**

Comoquiera que en el proceso que declaró la nulidad del contrato no se adoptaron otras decisiones, la sociedad demandante pretende ahora el reconocimiento de los perjuicios que se le causaron por lo que dejó de percibir, teniendo en cuenta que tuvo que devolver el inmueble, no recuperó la inversión efectuada y no se le reconocieron las mejoras realizadas. Al respecto considera la Sala que debe analizarse la aplicabilidad del principio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, es decir, que nadie puede alegar en su favor su propia culpa. En Colombia esta regla fue consagrada en el artículo 15 de la Ley 95 de 1980, según el cual, podía alegarse la nulidad absoluta por quien tuviera interés en ello, excepto el que había ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, pero dicha disposición fue subrogada por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, que eliminó la prohibición de que quien había actuado torpemente pudiera solicitar la nulidad. No obstante, se mantuvo su aplicación como principio general del derecho, de manera pareja con lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, según el cual, no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por una causa u objeto ilícito a sabiendas, contenida en la máxima o principio general *In pari causa turpitudinis cessat repetitio,* Así mismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1747 del Código Civil, según el cual “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*”, de la cual claramente se desprende que en los eventos de nulidad por objeto ilícito no hay lugar a las restituciones mutuas… Ahora bien, siendo clara la aplicación de estos principios aún a quienes celebran contratos con el Estado, debe señalarse que en el sub judice, el demandante no pretende ser restablecido a su situación anterior como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, puesto que no se trata de una acción contractual, sino que a través de la acción de reparación directa, persigue una indemnización por el daño antijurídico que no está en el deber de soportar, esto es, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual hace necesario acreditar la existencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado.

**DAÑO ANTIJURÍDICO** **- Noción**

La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 Superior al que antes se hizo referencia, el Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos. Para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser cierto y estar plenamente acreditado, carga procesal que le incumbe a la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C.

**DAÑO - Derivado - Declaratoria nulidad del contrato -** **Procedencia**

En el subjudice el daño lo hace consistir la demandante en lo dejado de percibir por haberse declarado la nulidad del contrato, ya que ello implicó la devolución del bien al IDRD, así como el no pago de las mejoras efectuadas al inmueble. Pues bien, el contrato de arrendamiento celebrado por la sociedad demandante y el IDRD, fue declarado nulo por objeto ilícito, bajo la consideración de que se trataba de un bien de uso público y por ello no podía ser entregado en arrendamiento… En efecto, en el sub judice el daño reclamado por el demandante por lo dejado de percibir no puede ser reconocido, comoquiera que no podía esperar derivar provecho de una actuación ilícita, sin que ello encuentre justificación en que los estudios y el contrato fueron elaborados por el IDRD, y que lo suscribió confiando en la actuación de la entidad distrital, puesto que quien se obliga mediante acuerdo contractual concurre libremente al negocio jurídico y le asiste el deber de diligencia mínimo de verificar las condiciones y viabilidad del negocio jurídico al que se compromete.

**MEJORAS DE INMUELES - Daño causado - No pago de mejoras - Procedencia**

De otro lado, en cuanto al daño causado por el no pago de las mejoras realizadas al inmueble, además de los argumentos arriba expuestos, en este caso concreto no podía hablarse de mejoras, teniendo en cuenta que, según lo pactado por las partes, la contraprestación debida por el arrendatario era precisamente el pago de las obras de adecuación y mantenimiento del inmueble, es decir que lo invertido hacía parte de las obligaciones contractuales del arrendatario y por ello no podían considerarse mejoras, máxime cuando según las pruebas obrantes en el proceso, muchas de esas obras fueron realizadas sin aprobación previa del Instituto como lo exigía el contrato. Como corolario de lo antes expuesto, al no acreditarse la existencia de un daño antijurídico, no es necesaria la comprobación de los otros elementos de la responsabilidad y en consecuencia se negarán las súplicas de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00990-01(36102)**

**Actor: HAGAMOS DEPORTE Y EVENTOS LTDA.**

**Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Tema: RESPONSABILIDAD POR ANULACIÓN DE CONTRATO

Subtema 1. Pertinencia de la acción de reparación directa

Subtema 2. Suspensión de la caducidad por conciliación

Subtema 3. Ausencia de daño

Sentencia

Sentencia revoca. Niega pretensiones

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 de junio de 2008, por medio de la cual declaró la caducidad de la acción.

**I. SINTESIS DEL CASO**

La sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., celebró un contrato con el Instituto Distrital de Recreación y Deportes IDRD, cuyo objeto fue el arrendamiento del Parque Enrique Olaya Herrera y el estadio allí localizado, pactaron un canon que debía invertirse en las obras de mantenimiento y adecuación que requiriera el inmueble para su funcionamiento.

Después de varios años de ejecución, la Personería Distrital solicitó la nulidad del contrato, porque se trataba de un bien de uso público que no podía ser arrendado. El Tribunal de Cundinamarca anuló el referido contrato y esta Corporación confirmó la nulidad del contrato por objeto ilícito, sin ordenar indemnizaciones o restituciones mutuas, motivo por el cual se pretende ahora el reconocimiento de los perjuicios causados a la sociedad.

II. ANTECEDENTES

**2.1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 12 de mayo de 2003 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., a través de apoderado, presentó demanda de reparación directa solicitando se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. El INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE IDRD, es administrativamente responsable por los perjuicios materiales causados a la Sociedad HAGAMOS DEPORTES Y EVENTOS LTDA., por responsabilidad por daño especial concretada en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, generada en el hecho del príncipe quien actuando con culpa grave y desconociendo el principio de reciprocidad de prestaciones y de la buena fe en la contratación administrativa, y la teoría de la equivalencia económica, de desarrollo en el estatuto contractual, causó un daño a mi representada, con la celebración del contrato No. 0295 de 1994.*

*2:- Como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada y se reconozca a favor de la sociedad que represento, los perjuicios a ella irrogados, como resultado de la sentencia proferida dentro del expediente No. 16596 por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, con la ponencia del Magistrado ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ, por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia de la sección tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 4 de marzo de 1999, por la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento No. 295 celebrado el 20 de diciembre de 1994 entre el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – IDRD - y la sociedad HAGAMOS DEPORTES Y EVENTOS LTDA., en relación con el inmueble denominado “PARQUE OLAYA HERRERA” junto con su estadio de fútbol, a partir de la premisa según la cual se trata de un bien de uso público, indemnización derivada del FACTUM PRINCIPIS o hecho del príncipe, o mejor conocido el principio como acto del soberano y que constituye un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo surgimiento se produce al momento en que mi poderdante es despojado de la tenencia del Parque Olaya Herrera, por un hecho ajeno a su voluntad y atribuible a la administración representada por el IDRD, habiendo invertido durante varios años en obras de infraestructura, embellecimiento, mantenimiento y vigilancia del mencionado inmueble para el beneficio colectivo, sin que se le hayan reconocido a título de daño emergente y lucro cesante, los perjuicios causados, no obstante haber sido siempre el contratista fiel al vínculo contractual.*

*3. Como resultado de lo anterior, como reparación del daño ocasionado, se ordene pagar a los actores, los perjuicios de orden material, objetivados cuyo valor de las pretensiones, corresponde a la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CATORCE PESOS MCTE. ($753.767.014.oo), por concepto de daño emergente y lucro cesante, de los cuales la suma de TRESCIENTOS TRES MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL CATORCE PESOS ($303.670.014,oo), corresponde al daño efectivamente producido y que abarca las inversiones realizadas por la sociedad solicitante entre el 28 de diciembre de 1994 y el 3 de abril de 2001, fecha en que la representante legal de HAGAMOS DEPORTES Y EVENTOS LTDA., hace entrega del parque del Olaya a los funcionarios del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE; y la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($450.000.000.oo) correspondiente a la recuperación de la inversión que hubiese podido realizar mi mandante durante ocho años y once meses, es decir por el término que restaba para la ejecución del contrato hasta el 20 de diciembre del año 2001, de acuerdo al término de duración del contrato pactado por las partes, siendo mi representada contratista de buena fe.*

*4. En forma consecuencial, se ordene el reconocimiento del mayor valor adquirido año a año, por las mejoras efectuadas por mi poderdante útiles y necesarias en los inmuebles objeto del contrato, teniendo en cuenta el valor actual que tendría que destinar de su presupuesto de gastos el IDRD para su ejecución e implementación y el beneficio social y ambiental que tales mejoras han traído a los habitantes de la localidad 18 de Bogotá.*

*5. La condena será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A., ajustando el valor de la liquidación, tomando como base el índice de precios al consumidor.*

*6. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los Artículos 17 y 177 del C.C.A.*

Los hechos en que apoyaron sus pretensiones pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1. El día 20 de diciembre de 1994, la sociedad demandante y el IDRD celebraron contrato de arrendamiento No. 295 de 1994, sobre el parque Olaya Herrera junto con el estadio de fútbol, ubicado en la Calle 22 sur Cra. 21, del Barrio Olaya, con un canon de $5.000.000 anuales, que debían ser cancelados en especie, representados en obras de mantenimiento del parque y estadio. El plazo del contrato era de 15 años y la entrega del inmueble al arrendatario se realizó el 20 de diciembre de 1994.

2. La justificación legal y el marco jurídico del contrato fueron elaborados por el IDRD, quien señaló que los Decretos 1421 de 1993 y 2537 de 1993 lo facultaban para entregar en arrendamiento los bienes de su propiedad que estuvieran destinados a la práctica de recreación masiva.

3. Durante la ejecución del contrato el contratista cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales, definidas en la cláusula quinta del contrato, las cuales incluían reparación, cerramiento y mejoramiento de la infraestructura de los escenarios deportivos, es decir, la ejecución de todas las obras necesarias para su mantenimiento y conservación en buen estado, además del pago del impuesto predial, lo que implicó gastos a la sociedad por valor de $303.670.014, de los cuales se benefició la comunidad durante 6 años, y que deben ser reconocidos como daño emergente.

4. Como resultado de la demanda interpuesta por la Personería de Bogotá, el contrato fue declarado nulo, mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado, razón por la cual, la entidad debe responder porque causó un perjuicio de carácter especial y anormal a la sociedad contratante porque la indujo a celebrar un contrato que fue anulado por el hecho del príncipe, comprometiendo su vida patrimonial, sus utilidades y su buen nombre empresarial.

5. La entidad demandada no reconoció los perjuicios causados al contratista, a pesar de que la comunidad se sigue beneficiando de las obras de conservación y mantenimiento efectuadas, con lo cual se ha enriquecido sin causa.

6. Señaló la demanda que, si bien los argumentos esgrimidos son de naturaleza contractual, como el contrato fue declarado nulo, existe responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados al demandante.

En la demanda se señalaron como normas violadas los artículos 3,5, y 27 de la Ley 80 de 1993, los artículos 2 y 90 de la Constitución y 86 del C.C.A.

La sociedad demandante indicó que se desconocieron los principios de buena fe contractual y equilibrio financiero del contrato, por el hecho del príncipe, pero como no se pueden ubicar en el campo de la responsabilidad contractual debido a la nulidad del contrato, pretenden que se declare que con su actuación, la entidad Distrital indujo en error a la demandante y le causó un daño, argumentos que fueron reforzados en la demanda, con una amplia exposición sobre la equivalencia de las cargas en el contrato estatal y los principios aplicables a este tipo de contratos, al igual que la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

**2.2. Trámite procesal**

Mediante auto del 3 de julio de 2003, se admitió la demanda, ordenó su fijación en lista y notificar a las partes[[1]](#footnote-1).

El IDRD se opuso a las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2), porque no actuó de mala fe en la celebración del contrato dado que estaba debidamente facultado para ello, de acuerdo con el artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 y del Decreto 2537 de 1993, aunado a que también resultó afectada con la declaratoria de nulidad del contrato ya que tuvo que reasumir costos relativos a la administración del parque, que no tenía previstos.

Señaló, que no es procedente el reconocimiento de la indemnización solicitada porque el contratista incumplió el contrato, como se evidencia de la documentación allegada al expediente, donde se mostró que la sociedad realizó mejoras no autorizadas por el IDRD y continuó haciendo gastos, después de haberse decretado la nulidad del contrato.

Propuso como excepciones el enriquecimiento sin causa y actuación dolosa de la sociedad contratante, ya que a pesar de conocer la nulidad decretada en primera instancia, continuó haciendo inversiones sin solicitar autorización de la entidad, como lo exigía el contrato.

Solicitó integrar el litisconsorcio facultativo con la Personería Distrital, teniendo en cuenta que dicha entidad fue la que demandó la nulidad del contrato.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por auto del 4 de diciembre de 2003 decretó la práctica de algunas pruebas pedidas por las partes y negó la solicitud de integrar el litisconsorcio facultativo por cuanto la Personería obró en cumplimiento de un deber legal[[3]](#footnote-3).

Agotado el periodo probatorio, mediante providencia calendada el 7 de julio de 2005 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, del cual hizo uso la entidad demanda reiterando los argumentos planteados en la contestación de la demanda[[4]](#footnote-4).

**2.3. Sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia el 26 de junio de 2008, en la cual decidió:[[5]](#footnote-5).

*“PRIMERO: DECLÁRASE la caducidad de la acción de reparación directa ejercida por la parte demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y, en consecuencia NIEGANSE las pretensiones de la demanda.*

*SEGUNDO: Sin condena en costas”.*

En cuanto a la procedibilidad de la acción, manifestó que el demandante buscaba la reparación del daño, consistente en la pérdida de la expectativa que la sociedad demandante tenía en la ejecución del contrato de arrendamiento que fue declarado nulo. Así dijo la providencia:

*“Se llega a este punto, previa interpretación y análisis de la demanda, en la medida en que el apoderado de la parte actora ubica bajo la óptica de la responsabilidad extracontractual, aspectos que son típicamente contractuales, como la declaratoria del incumplimiento o la no observancia de los principios de la contratación estatal, además de que plantea eximentes de responsabilidad contractual, como lo es su argumentación del “hecho del príncipe”, con el título de imputación de la responsabilidad extracontractual por el daño especial.*

*También en ocasiones plantea que lo que se busca a través del ejercicio de esta acción es que se condene a la parte demandada al pago de lo ejecutado en vigencia del contrato, caso en el cual la acción consagrada en el artículo 8 del Código Contencioso Administrativo sería abiertamente improcedente, no sólo por su objeto, sino porque es un tema que la parte actora debió plantear al juez que conoció de la nulidad del contrato, cuando ésta fue llamada a dicho proceso, bajo el tópico de las restituciones mutuas.*

*Por lo tanto, sólo si se lee la demanda bajo el entendido de que el daño alegado consistió en la pérdida de la ejecución total del contrato como consecuencia de la declaratoria de nulidad del mismo, y que los perjuicios vienen dados como lo que se invirtió –daño emergente- y lo que se dejó de percibir –lucro cesante- en el negocio jurídico, la acción de reparación sería la precedente, interpretación ésta que asumirá la Sala, a fin de garantizar su acceso a la justicia”.*

En cuanto a la caducidad, se analizaron varios escenarios para establecer el momento en que ocurrió el daño, si éste se causó con la celebración del contrato, con la anulación del mismo, o con la devolución del bien al IDRD, para concluir que en cada uno de esos casos ya había transcurrido el término de caducidad, puesto que el último evento (devolución del predio al IDRD) se llevó a cabo el 2 de abril de 2001, mientras que la demanda fue presentada el 12 de mayo de 2003.

La providencia fue notificada mediante edicto fijado el 9 de julio de 2008 y desfijado el 11 de julio del mismo año[[6]](#footnote-6).

**2.4. Recurso de apelación**

Mediante escrito del 14 de julio de 2008, la parte demandante interpuso recurso de apelación**,** concedido por auto del 21 de agosto de 2008[[7]](#footnote-7).

El apelante manifestó que en este caso los perjuicios son permanentes o de tracto sucesivo porque se prolongan en el tiempo, razón por la cual debe aplicarse el principio pro damnato, aliviando los rigores de la caducidad.

En su criterio, en casos difíciles como el de daños que se agravan con el tiempo, o los que se producen sucesivamente, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad y no vulnerar los derechos de los peticionantes, pero en la providencia se juega con varios términos de caducidad de la acción y no se señala con certeza cuál fue el punto de partida para contar dicho término, razón suficiente para afirmar que es una verdadera vía de hecho.

De igual forma señaló, que si bien la demanda se presentó en razón de los daños causados hasta ese momento, la reparación puede comprender los que suceden con posterioridad al fallo y que sean previsibles acatando el principio de reparación integral del daño.

En relación con las pretensiones, manifestó que en el proceso se probó la existencia del daño antijurídico, que fue efecto de una causa lícita, no de una falla en el servicio, pero sí se causó un perjuicio que el demandante no estaba llamado a soportar.

**2.5. Trámite en segunda instancia**

El recurso de apelación fue sustentado oportunamente y admitido por esta Corporación en proveído del 28 de noviembre de 2008[[8]](#footnote-8).

Mediante auto del 3 de abril de 2009, se concedió término para alegar de conclusión, del cual hicieron uso las partes para reiterar los argumentos expuestos en el proceso[[9]](#footnote-9).

**III. CONSIDERACIONES**

**3.1. Presupuestos materiales de la sentencia de mérito**

Esta Sala es competente, para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 de junio de 2008, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía[[10]](#footnote-10).

Comoquiera que la oportunidad de la acción es el tema central del recurso de apelación, este punto será analizado en profundidad en otro acápite de esta providencia.

La sociedad demandante está legitimada en la causa por activa[[11]](#footnote-11), por cuanto celebró el contrato No. 295 de 1994, del cual pretende derivar la ocurrencia del daño reclamado en el sub lite.

El IDRD está legitimado en la causa por pasiva, por haber suscrito el contrato al que antes se hizo referencia.

**3.2. Sobre la caducidad de la acción**

La caducidad es un fenómeno jurídico que se presenta en los eventos en que los personas dejan transcurrir el tiempo sin ejercen su derecho en el término establecido por la ley, y en consecuencia pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción. Este término se consagra como uno de los desarrollos del principio de seguridad jurídica, puesto que asegura la existencia de un plazo objetivo para que el ciudadano pueda hacer efectivos sus derechos; tradicionalmente se ha considerado que no puede ser materia de convención antes de su cumplimiento, o de renuncia, una vez cumplido.

La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, no admite renuncia ni suspensión, salvo en el evento de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho y se interrumpe con la demanda.

Su consagración en el ordenamiento jurídico está orientada a ofrecer certeza jurídica a quienes tienen interés en acudir a la justicia para obtener la protección de sus derechos y también a la colectividad, a la cual debe garantizársele la seguridad jurídica, de tal modo que cuando se desconoce el término de caducidad se vulnera el derecho al debido proceso.

El artículo 136 numeral 8 del Decreto 01 de 1984, estableció que la acción de reparación directa debe intentarse dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho, la omisión o la operación administrativa que de origen al perjuicio, pero la jurisprudencia ha considerado que en algunas ocasiones, cuando el hecho no se hizo visible, el término se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia.

En el presente caso, las pretensiones de la demanda persiguen el reconocimiento del daño causado a los demandantes por la pérdida de la oportunidad de continuar beneficiándose del contrato de arrendamiento del inmueble denominado “Parque Olaya Herrera”, a raíz de la declaratoria de nulidad del contrato, decretada por el Consejo de Estado, en providencia del 16 de febrero de 2001 y la devolución del bien, que se hizo efectiva el día 2 de abril de 2001, según acta suscrita por las partes.

Para la Sala, aunque el hecho dañoso fue conocido desde el momento en que se declaró la nulidad del contrato mediante sentencia judicial, éste se concretó con la devolución del bien, ya que a partir de ese momento cesaron los ingresos percibidos por los arrendatarios del inmueble, derivados de la administración del predio.

De acuerdo con el juez de primera instancia el término de caducidad debía empezar a contarse desde la devolución del bien al IDRD, el 2 de abril de 2001, de lo cual infirió que, al presentarse la demanda el 13 de mayo de 2003, ya había operado la caducidad de la acción.

No obstante, observa la Sala que se allegó al plenario, acta mediante la cual se declaró fallida la conciliación adelantada por las partes ante la Procuraduría General de la Nación; la solicitud fue presentada el 14 de febrero de 2002 y se celebró la audiencia de conciliación el 18 de abril del mismo año, motivo por el cual durante ese lapso, el término de caducidad estuvo suspendido, es decir que la suspensión fue de dos meses y tres días[[12]](#footnote-12).

De esta manera, si el término de caducidad vencía el 3 de abril de 2003 y a éste debía sumarse el tiempo de suspensión, la acción podía presentarse hasta el 5 de junio de 2003, y al ser incoada el 13 de mayo de ese año, se hizo dentro del término previsto en la ley[[13]](#footnote-13).

**3.3. Sobre la prueba de los hechos**

A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución, dos son los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Como quiera que en la demanda se hace relación a estos dos elementos, el estudio de los hechos probados lo hará la Sala en dos grandes apartes, a saber: hechos relativos al daño, y hechos relativos a la imputación.

**3.3.1. Sobre la prueba de los hechos relativos al daño**

El Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Para que proceda la responsabilidad se requiere además del menoscabo, afectación o lesión de un bien, que el daño sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos.

Los hechos en los que concretó la parte actora este daño, pretende acreditarlos de la siguiente manera:

* Copia del contrato de arrendamiento No 295 de diciembre 20 de 1994, celebrado entre el IDRD y la sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., cuyo objeto era la entrega, a título de arrendamiento, del Parque Olaya Herrera, junto con el estadio de fútbol ubicado en la calle 22 sur carrera 21 del barrio Olaya, con un canon de 5 millones de pesos anuales, pagaderos en especie, representado en obras y mantenimiento del inmueble. El plazo del contrato fue de 15 años[[14]](#footnote-14).
* Copia de la providencia proferida por el Consejo de Estado el 16 de febrero de 2001, mediante la cual se confirmó la nulidad del contrato de arrendamiento 295 de 1994, bajo las siguientes consideraciones:

*“En el caso sub judice, como bien lo estimó el a quo, el contrato de arrendamiento No. 295 de diciembre 20 de 1994 del Parque Olaya Herrera de esta ciudad, suscrito entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., se encuentra viciado de nulidad absoluta. En efecto:*

*Está probado que el bien inmueble, objeto del contrato es un bien de uso público pese a lo cual, la administración lo entregó a un particular a título de arrendamiento, en virtud del pacto, el arrendatario se encuentra facultado para ejercer sus derechos civiles que emanan de su condición, esto es usar y gozar del bien sin limitaciones, perturbaciones o impedimentos.*

*(…)*

*Si bien obran en el proceso diversos testimonios según los cuales la entrada al parque es gratuita para la comunidad, esta liberalidad del contratista, que bien puede ser modificada por él mismo, no tiene la virtud de sanear el vicio que ostenta el contrato.*

*En consecuencia, es claro que el objeto del convenio es ilícito, lo cual genera nulidad absoluta del negocio jurídico en su integridad, de conformidad con el inciso 1° del art. 44 de la ley 80 de 1993, que remite a su vez al art. 1741 del C.C., en el cual se prescribe:*

*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.*

*En conclusión, se impone la confirmatoria de la sentencia protestada que declaró la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento acusado, por existir objeto ilícito”[[15]](#footnote-15).*

**3.3.2. Prueba de la imputación**

* Acta de entrega inicial del Parque Estadio Enrique Olaya Herrera y acta de entrega final realizada por al contratista al IDRD, el día 2 de abril de 2001, donde consta que se devolvieron todos los elementos recibidos al inicio de la relación contractual[[16]](#footnote-16).
* Copia de las comunicaciones cruzadas entre las partes sobre presuntos incumplimientos del contratista y copia de las Resoluciones 0026 del 11 de julio de 1996, 00203 del 18 de junio de 1996 y 00296 del 21 de marzo de 1997 mediante las cuales se impuso multa al contratista y se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad contratante[[17]](#footnote-17).
* Comunicación No. 1000000, sin fecha, mediante la cual, la directora del IRDR informa al contratista que el Instituto no puede reconocer el pago de las mejoras, solicitado por la sociedad arrendataria, por considerar que ello hacía parte del canon pactado en el contrato[[18]](#footnote-18).
* Declaración rendida por la señora Elianeth Aguilar Corradine quien hacía parte de la sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., y relató los pormenores de la celebración del contrato, resaltando que fue suscrito de buena fe, confiando en que la contraparte era el Estado e indicó todas las mejoras efectuadas al parque, la cuales se hicieron con recursos de la sociedad y no fueron reconocidas por el Instituto[[19]](#footnote-19).

**3.3.3. Prueba relacionada con los perjuicios materiales**

* Facturas y documentos contables de la sociedad demandante, relacionados con los gastos efectuados en el mantenimiento del inmueble[[20]](#footnote-20).
* Dictamen pericial que contiene una evaluación del estado del parque y de las obras que fueron realizadas desde el año 1995 hasta el año 2000, cuyo valor se estimó en $347.109.812,60, que debidamente actualizados a octubre de 2004, ascienden a $676.876.843,81. Así mismo se determinó, que de acuerdo con los balances contables de la sociedad, la utilidad generada fue 0[[21]](#footnote-21).

Ahora bien, en cuanto al material probatorio allegado al expediente en copia simple, se valorará conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 28 de agosto de 2013, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial*[[22]](#footnote-22)*.

En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, fueron solicitados con la demanda, decretados en el auto de pruebas de primera instancia y allegados al proceso dentro de periodo probatorio, es decir, de manera oportuna y regular.

De acuerdo con lo anterior, conforme al precedente de esta Subsección, las pruebas obrantes en el plenario serán valoradas observando los principios que informan la sana crítica.

**3.4. Problema jurídico**

Dilucidado lo atinente a la caducidad de la acción debe pronunciarse la Sala acerca de la pertinencia de la acción de reparación directa en los eventos en que se pretende resarcir los daños causados por la celebración de un contrato Estatal.

De igual forma, se ocupará la Sala de determinar si en el presente caso se acreditó la existencia de un daño, que de lugar a la reparación pretendida en este proceso.

**3.5. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad**

Comoquiera que en el proceso que declaró la nulidad del contrato no se adoptaron otras decisiones, la sociedad demandante pretende ahora el reconocimiento de los perjuicios que se le causaron por lo que dejó de percibir, teniendo en cuenta que tuvo que devolver el inmueble, no recuperó la inversión efectuada y no se le reconocieron las mejoras realizadas.

 Al respecto considera la Sala que debe analizarse la aplicabilidad del principio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, es decir, que nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

En Colombia esta regla fue consagrada en el artículo 15 de la Ley 95 de 1980, según el cual, podía alegarse la nulidad absoluta por quien tuviera interés en ello, excepto el que había ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, pero dicha disposición fue subrogada por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, que eliminó la prohibición de que quien había actuado torpemente pudiera solicitar la nulidad.

No obstante, se mantuvo su aplicación como principio general del derecho, de manera pareja con lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, según el cual, no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por una causa u objeto ilícito a sabiendas, contenida en la máxima o principio general *In pari causa turpitudinis cessat repetitio,*

Así mismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1747 del Código Civil, según el cual “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*”, de la cual claramente se desprende que en los eventos de nulidad por objeto ilícito no hay lugar a las restituciones mutuas.

Sobre la aplicación de este principio, la Corte Constitucional en providencia D-665, del 1o. de marzo de 1995, dijo:

*“Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿Significa eso que no hace parte de él y, por tanto que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático?. No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen:*

*“No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir el –primero– la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquel empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquella en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.*

*“Pues bien: de esa y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “nemo auditur...”que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: La legislación”[[23]](#footnote-23).*

De igual forma, en sentencia T-213 /08, la Corte Constitucional dijo:

*“La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial.

Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.*

*Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur proprian turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”

De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aún así, pretende suceder al causante.*

*Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.*

*Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudniem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (ART. 95 C.N.)[[24]](#footnote-24)”.*

Ahora bien, siendo clara la aplicación de estos principios aún a quienes celebran contratos con el Estado, debe señalarse que en el sub judice, el demandante no pretende ser restablecido a su situación anterior como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, puesto que no se trata de una acción contractual, sino que a través de la acción de reparación directa, persigue una indemnización por el daño antijurídico que no está en el deber de soportar, esto es, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual hace necesario acreditar la existencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado.

**3.6. El daño antijurídico**

La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 Superior al que antes se hizo referencia, el Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos[[25]](#footnote-25).

Para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser cierto y estar plenamente acreditado, carga procesal que le incumbe a la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C.,

En el subjudice el daño lo hace consistir la demandante en lo dejado de percibir por haberse declarado la nulidad del contrato, ya que ello implicó la devolución del bien al IDRD, así como el no pago de las mejoras efectuadas al inmueble.

Pues bien, el contrato de arrendamiento celebrado por la sociedad demandante y el IDRD, fue declarado nulo por objeto ilícito, bajo la consideración de que se trataba de un bien de uso público y por ello no podía ser entregado en arrendamiento.

Para resolver sobre las pretensiones debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, según el cual, “*cuando se decreta la nulidad de un contrato por objeto ilícito, no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por una causa u objeto ilícito a sabiendas*”, en concordancia con lo establecido en el artículo 1747 ibídem: “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*”.

En efecto, en el sub judice el daño reclamado por el demandante por lo dejado de percibir no puede ser reconocido, comoquiera que no podía esperar derivar provecho de una actuación ilícita, sin que ello encuentre justificación en que los estudios y el contrato fueron elaborados por el IDRD, y que lo suscribió confiando en la actuación de la entidad distrital, puesto que quien se obliga mediante acuerdo contractual concurre libremente al negocio jurídico y le asiste el deber de diligencia mínimo de verificar las condiciones y viabilidad del negocio jurídico al que se compromete.

De otro lado, en cuanto al daño causado por el no pago de las mejoras realizadas al inmueble, además de los argumentos arriba expuestos, en este caso concreto no podía hablarse de mejoras, teniendo en cuenta que, según lo pactado por las partes, la contraprestación debida por el arrendatario era precisamente el pago de las obras de adecuación y mantenimiento del inmueble, es decir que lo invertido hacía parte de las obligaciones contractuales del arrendatario y por ello no podían considerarse mejoras, máxime cuando según las pruebas obrantes en el proceso, muchas de esas obras fueron realizadas sin aprobación previa del Instituto como lo exigía el contrato.

Como corolario de lo antes expuesto, al no acreditarse la existencia de un daño antijurídico, no es necesaria la comprobación de los otros elementos de la responsabilidad y en consecuencia se negarán las súplicas de la demanda.

**3.7. Condena en costas**

Según lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

**FALLA**

**Revocar** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 26 de junio de 2008, y en su lugar se dispone así:

**PRIMERO:** Declarar que en este caso no ha operado la caducidad de la acción, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**SEGUNDO:**  Negar las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

1. Fl. 40. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 44 a 61. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 138 a 141. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 180 a 188. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 190 a 196. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 197. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 267 a 269. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 204. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 210 a 215. [↑](#footnote-ref-9)
10. La mayor pretensión de la demanda es de 450.000.000 y por tanto es de doble instancia, teniendo en cuenta que para la época (año 2003) la mayor cuantía era de 36.950.000. [↑](#footnote-ref-10)
11. Obra a folios 52 y 53, del Cuaderno 2, certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandante. [↑](#footnote-ref-11)
12. Obra a folio 58, c. Ppal., acta de conciliación prejudicial No 2002 0090, celebrada ante la Procuraduría 10 Judicial II Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el18 de abril de 2002. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 19 de 2010, rad 37410, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls. 1 a 8, c. 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls 13 a 51, c. 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls. 67 a 70 y 127 a 130. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fls. 71 a 126 y 131 a 136.. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls. 54 a 57, c. 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls. 502 a 504, c. 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fls. 59 a 501, c. 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cdnos 3 y 4. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, MP. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-22)
23. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-23)
24. M.P. Jaime Araújo Rentería. [↑](#footnote-ref-24)
25. CFR. Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. [↑](#footnote-ref-25)