**NEGOCIO JURÍDICO - Labores de verificación del juzgador**

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente. La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio. La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorpora estas consecuencias jurídicas al acuerdo. La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama. En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual. En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan. Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado mediante la calificación del acto, la constatación de los efectos jurídicos que de él se derivan y se realizará la incorporación de estas consecuencias jurídicas al acuerdo, para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos). Ahora, estas labores adquieren mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando: (i) hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado, o (ii) cuando las partes denominan lo pactado bajo un tipo contractual y en realidad lo celebrado corresponde a otro; puesto que ante tales divergencias es aquel quien está llamado a puntualizarlo con autoridad, de manera vinculante y definitiva para los contendientes.

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO** **- Elementos y características**

Son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido. Por consiguiente, la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce. Asimismo, entre otras, dentro de las características del contrato de arrendamiento, es ser sinalagmático, comoquiera que surgen obligaciones recíprocas entre las partes. Entonces, le corresponde al arrendador, principalmente, entregar al arrendatario la cosa arrendada y *“librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”*, para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla; mientras que el arrendatario, debe conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato a la finalización del mismo, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato. Si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica (Artículo 1986 del C. C.), el arrendatario es perturbado por el arrendador en el use y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación. (Artículo 1987 del C. C.).Ahora, como *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”* (Artículo 1626 del C.C.) y este conviene hacerse *“bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación”*, se sigue que, si el arrendador no entrega la cosa arrendada o perturba al arrendatario en el goce de ella, estará incumpliendo el contrato y este comportamiento implicará el deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño. Asimismo, el arrendatario está obligado a pagar el precio o renta acordado en el contrato (Artículo 2000 del C.C.), de lo contrario, también estaría incumpliendo el contrato y *“podrá el arrendador, para asegurar este pago y las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria”*.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Definición - Características**

La premisa inicial es que el “modelo democrático del ejercicio del poder determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos”. De esta manera, la “actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de manera igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones”. Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato. Ahora bien, para la época en la que se celebró el contrato que dio lugar al presente litigio, esto es, el 20 de abril del 2006 le resultan aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, particularmente lo dispuesto el numeral 4 del artículo 32 que define el contrato de concesión como como todo aquel cuyo objeto se concreta en “*la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o* *bien destinados al servicio o uso público*”, diferente de un simple contrato de obra. A su vez, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 2º del referido artículo 32, que dispone que para la celebración de contratos de concesión el interesado debe presentar la oferta en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental, por su parte, la entidad estatal estudiará el proyecto y ordenará la apertura de una licitación para adjudicarlo, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta Ley.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Definición**

El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos. De la manera más simple, la selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante. Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA -** **Desconocimiento - Consecuencias**

Ahora bien, el desconocimiento de la selección objetiva puede generar la posibilidad para el juez de declarar la nulidad por desviación o abuso del poder, contemplada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993… No se olvide que algunas de las causales que enlista el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de no estar allí expresamente previstas, configurarían nulidad absoluta por objeto ilícito. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes. La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sanea *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria. Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos. Al respecto, debe considerarse que el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, sin embargo, el término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002… Así las cosas, la Sala observa que, por la época en que se celebró el contrato, el 20 de abril de 2006, la ley aplicable era la Ley 791 de 2002, que estableció el término de prescripción extraordinaria en 10 años, término que se vio interrumpido el 17 de mayo de 2013 con la presentación de la demanda, cuya admisión fue el 2 de octubre de 2013 y su respectiva notificación al demandado se surtió el 15 de octubre de 2013, esto es, dentro del año siguiente a la notificación al demandante de tal providencia, requisito determinado por la ley para interrumpir el término de prescripción con la presentación de la demanda.

**RESTITUCIÓN MUTUAS - Efectos**

Con relación a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que de conformidad con la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación de las partes al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido...Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1.746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante 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 la causa ilícita”*Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas. Sin embargo, debe reiterarse, que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final. Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago, y ese interés no se habrá satisfecho cuando se ejecutan prestaciones que no han sido convenidas en el contrato, pues las restituciones mutuas hacen referencia, precisamente, a lo que ha de devolverse en razón del contrato, es decir, a las prestaciones que surgieron de este y fueron ejecutadas y no a las que no surgieron de él.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00468-01(53477)**

**Actor: CARLOS HERNANDO GUTIÉRREZ**

**Demandado: INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÈ - INFIBAGUÈ**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se modifica la sentencia de primera instancia al declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes, no ordenar restitución alguna y condenar en costas / Restrictor: Valoración del juzgador del negocio jurídico celebrado entre las partes - El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal - El contrato estatal de concesión - El principio de selección objetiva - El desconocimiento del principio de la selección objetiva puede conllevar a la declaratoria de nulidad por desviación o abuso de poder *-* Restituciones mutuas- Condena en costas.

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, mediante la cual se declararon probadas las excepciones de contrato no cumplido y de cobro de lo no debido, se negaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda y pretensiones.**

El 17 de mayo de 2013[[1]](#footnote-1), **CARLOS HERNANDO GUTIÉRREZ** por medio de apoderado judicialpresentó demanda[[2]](#footnote-2) contra el **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ – INFIBAGUÉ,** en donde solicitó que se declarara la existencia y el incumplimiento del Contrato de Arrendamiento No. 053 del 20 de abril de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, pidió que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de una suma igual o superior a **SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($679´369.568)**, por concepto de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, más el equivalente a 500 S.M.L.M.V., a título de perjuicios morales.

**2. Hechos de la demanda**

Como sustento de las anteriores pretensiones, la parte demandante narró los siguientes hechos:

El 20 de abril de 2006 se celebró el contrato de arrendamiento No. 053 de 2006 entre el demandante e INFIBAGUÉ, por un término de cinco (5) años, a partir del 1 de mayo de ese año.

De acuerdo con la cláusula segunda del contrato este se prorrogaría automáticamente, salvo que, con antelación a un mes al vencimiento del periodo, esto era, antes del 20 de abril de 2011, una de las partes le notificare a la otra su decisión de no prorrogar, circunstancia que no se dio en este caso.

El valor y la forma de pago del contrato se establecieron en la cláusula tercera del mismo, donde se autorizó al accionante a realizar las obras civiles y de mantenimiento a los escenarios deportivos, cuyo lugar y ubicación fue señalado por INFIBAGUÉ.

Asimismo, se facultó para la adecuación y mantenimiento de siete (7) canchas de tenis de campo, la oficina, la bodega, y baños; razón por la cual se le otorgó el término de treinta (30) días para que el contratista organizara técnica y administrativamente el inicio de las respectivas obras.

Por otra parte, en el literal B de la cláusula quinta del referido contrato, INFIBAGUÉ precisó como obligación del demandante que este debía *“realizar las adecuaciones en materia de infraestructura y todo lo que tenga que ver con las acometidas de energía, acueducto y alcantarillado para las canchas de tenis, las oficinas, las bodegas y los baños, objeto de este contrato. Los cuales quedaran (sic) de propiedad de INFIBAGUÉ, sin que el arrendatario pueda retirarlas o reclamar indemnización alguna por este concepto”.* Obligación, que comprometió gravemente a la entidad pública, al pretender elevar a un compromiso contractual un contenido ilegal, que puede llegar a tipificar el hecho punible de enriquecimiento sin causa, razón que conduce a que la parte demandada deba desembolsar la inversión realizada por el contratista.

A su vez, en el escrito demandatorio se indicó que la parte actora adecuó las siete canchas de tenis con sus propios recursos, previa autorización de INFIBAGUÉ para hacerlo, por lo que la entidad estatal debió reconocer y pagar el valor monetario invertido por el demandante.

En Audiencia de Conciliación celebrada el 19 de mayo de 2011[[3]](#footnote-3), en razón a que aún no se había liquidado el contrato, INFIBAGUÉ ofreció al accionante la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150´000.000.oo) por concepto de daño emergente, lucro cesante y daños inmateriales; la cual no fue aceptada por el actor por no corresponder al valor pretendido.

**3. Actuación procesal en primera instancia.**

Previo a admitir la demanda, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué mediante auto del 15 de agosto de 2013[[4]](#footnote-4) declaró la falta de competencia para conocer el asunto en razón a la cuantía y ordenó enviar el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima, el cual por auto de fecha 2 de octubre de 2013 admitió la demanda[[5]](#footnote-5).

Noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué- INFIBAGUÉ, dio contestación[[6]](#footnote-6), en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de Contrato no cumplido, Cobro de lo no debido, Inepta Demanda e Indebida escogencia del medio de defensa.

**3.1 Audiencia Inicial**

El 31 de marzo de 2014[[7]](#footnote-7) el despacho de conocimiento procedió a fijar fecha para llevar a cabo la audiencia inicial indicada por el artículo 180 del CPACA, con el propósito de proveer el saneamiento, fijar el litigio, determinar la existencia de ánimo conciliatorio, decretar pruebas y finalmente, fijar fecha para audiencia de pruebas.

Llegado el día y la hora señalada, el 21 de mayo de 2014[[8]](#footnote-8) se realizó audiencia inicial en donde en armonia con los lineamientos establecidos en la ley se determinó lo pertinente a:

**3.1.1 Saneamiento:** Se observó que no había lugar a efectuar saneamiento, por cuanto no se encontró ningún tipo de nulidades que pudiera viciar la actuación procesal.

**3.1.2 Excepciones:** El Tribunal de conocimiento al realizar el estudio de las excepciones propuestas por el accionado, indicó que no encontró probada ninguna de las invocadas.

**3.1.3 Fijación del litigio:** Este quedó circunscrito a lo siguiente: *“Deberá establecerse de acuerdo con las pruebas que obren en el expediente, si existió incumplimiento del contrato de arrendamiento No. 053 de 2006 por parte del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÈ, y por ende, si es procedente condenar a la entidad oficial al pago de las obras de mejoramiento y adecuación adelantadas por el contratista en los inmuebles entregados en arrendamiento.”*

**3.1.4 Conciliación:** Invitadas las partes a efectuar un acercamiento tendiente a conciliar el litigio, se declara fallida esta oportunidad procesal, por cuanto las partes carecen de ánimo conciliatorio.

**3.1.5 Decreto de pruebas:** Señaló el Magistrado Sustanciador que se tenían como pruebas las aportadas por las partes con el escrito de la demanda y con la contestación de la misma. Adicionalmente, de oficio dispuso oficiar a la Secretaria General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué- INFIBAGUÉ para que allegara el “Documento Anexo” al que alude la cláusula primera del contrato de arrendamiento No. 053 del 20 de abril de 2006, que contiene el presupuesto de las mejoras a realizar en el escenario deportivo entregado en arrendamiento al señor Carlos Hernando Gutiérrez.

**3.1.5.1 Fijación fecha audiencia de pruebas:** Se fijó para el 18 de junio de 2014 a partir de las 10:00 a.m.

**3.2 Audiencia de pruebas**

El 18 de junio de 2014[[9]](#footnote-9), se llevó a cabo la audiencia en mención establecida en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

En un primer momento, se puso en conocimiento de las partes el documento anexo allegado por la Secretaria General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué- INFIBAGUÉ; posteriormente, se ordenó su incorporación al expediente al considerarlo como contundente y apto para probar los hechos que se debaten.

De igual manera, se declaró innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se prescindió de ella y se ordenó a las partes que presentaran sus alegaciones dentro de los diez (10) días siguientes a la finalización de la presente audiencia, término dentro del cual también podría presentar concepto el Ministerio Público, si a bien lo tenía.

**3.3. Alegatos de Conclusión**

Por medio de escritos allegados el 03 de julio de 2014[[10]](#footnote-10), las partes presentaron sus alegatos de conclusión en donde reiteraron los argumentos expuestos anteriormente, y por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

**4. Sentencia del Tribunal.**

El 3 de noviembre de 2014[[11]](#footnote-11) el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima declaró probadas las excepciones de Contrato no cumplido *-Exceptio Non Adimpleti Contractus* y de Cobro de lo no debido, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante. Para tomar esta decisión expuso las siguientes razones:

En primer lugar, hizo referencia al marco normativo y jurisprudencial aplicable al contrato de arrendamiento, a los supuestos para su configuración, y analizó el caso concreto en orden a señalar, que se tiene como cierta la existencia del Contrato de Arrendamiento No. 053 del 20 de abril de 2006, ya que al momento de realizar la fijación del litigio en la audiencia inicial este punto no fue objeto de debate por las partes.

Así las cosas, una vez valoradas las pruebas obrantes en el expediente indicó que no se evidenció el incumplimiento contractual al que hizo referencia la parte accionante, puesto que en ninguna de las clausulas se señaló la obligación por parte de INFIBAGUÉ de pagar al contratista por las adecuaciones que este se comprometió a efectuar, pues la obligación del arrendatario era la de *“descontar motu proprio la inversión de los cánones de arrendamiento mensual”.*

Adujo que lo señalado adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el arrendatario fue quien no se ajustó a lo previsto en el contrato, incumpliendo con el deber de sufragar los cánones de arrendamiento y pagar los servicios públicos, especialmente el de energía eléctrica. De manera que, no se ajusta a derecho que quien exija el acatamiento de una obligación contractual, sea quien no ha satisfecho sus propias obligaciones; de forma tal, que no se podría considerar que el demandante reclame el reconocimiento y pago de perjuicios cuando no cumplió con su parte del contrato.

En el mismo sentido, se pronunció con respecto a la exigencia pecuniaria del accionante, por cuanto evidenció que no existía prueba que demostrara que la supuesta inversión realizada por el contratista ascendió a la suma que pretendía le fuera reconocida, por lo que esa reclamación, solo quedó en el mero dicho del demandante.

Concluyó, que la parte actora no logró demostrar el incumplimiento contractual de INFIBAGUÉ en alguna de las cláusulas que integraban el Contrato de Arrendamiento No. 053 de 2006, razón por la cual, decidió denegar las pretensiones de la demanda y condenar en costas de primera instancia a la parte accionante en favor de la parte demandada, en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**5. El recurso de apelación.**

Contra lo así resuelto se alzó la parte demandante[[12]](#footnote-12), dejó claro su desacuerdo con el pronunciamiento del *A quo* al considerar que se hizo un falso juicio de apreciación y de legalidad, al no darle el valor probatorio correspondiente a las pruebas allegadas para sustentar su posición, por lo cual expuso:

El contrato de arrendamiento traído a colación tiene implícito dos contratos sometidos al imperio del mismo pacto, i) el de obra y ii) el de arrendamiento, entonces razona, que si el contrato de arrendamiento es incumplido, cualquier Juez de la República puede darlo por terminado, caso contrario, el del contrato de obra, el cual a pesar de que la obra fue realizada por el arrendatario y esta se entregó a la entidad solicitante, no ha sido pagada. De allí que, sea completamente ilógico que con la terminación eventual del contrato de arrendamiento sea exonerada la entidad pública de pagar al contratista por la obra ya ejecutada.

El Tribunal no asumió el estudio del contrato en sí mismo, porque no tuvo en cuenta que para que el contrato de arrendamiento surgiera a la vida jurídica, primero, debía cumplirse el de obra, ya que si no se llevaba a cabo la misma no había posibilidad jurídica que existiera el arrendamiento. Por lo tanto, sostuvo que mal hizo el juez de primera instancia, al cimentar su posición nugatoria de las pretensiones en el incumplimiento del arrendatario frente a las obligaciones del contrato, pues no valoró las pruebas arrimadas que demostraban la existencia de las obras ejecutadas y su respectivo valor.

A su vez, alegó que si el contrato de obra se cumplió por el contratista, la obligación del ente público era efectuar el pago total de la misma, más allá de lo estipulado en el contrato, dado que lo allí pactado fue que del canon de arrendamiento sería descontada la suma de millón doscientos mil pesos ($1`200.000), para así reembolsar lo invertido por el arrendatario, sin tener en cuenta que el contrato tenía un plazo de 5 años, tiempo en el que ni si se abonara todo el canon de arrendamiento se alcanzaría a satisfacer lo adeudado al hoy demandante. Así pues, se generaría con ello un desequilibrio de las cargas públicas en detrimento del particular.

De manera que, el contrato no fue equitativo en las cargas que impuso a las partes, por cuanto exigía al arrendatario cumplir con el pago del canon de arrendamiento, pero no obligaba a la entidad pública a desembolsar el dinero invertido por el contratista en las adecuaciones realizadas al bien inmueble arrendado, siendo este desequilibrio contractual, lo que el recurrente pretende que se resuelva.

Reiteró, que según lo estipulado en el contrato, el demandado no podía alegar el incumplimiento contractual del actor como eximente de responsabilidad para eludir el pago de la obras ejecutadas por el contratista, dado que, lo pactado fue contrario a la buena fe que debe demostrar la administración en sus contratos, lo cual le ocasionó al particular un desequilibrio económico.

De igual manera, después de traer a colación sentencias proferidas por la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, señaló que INFIBAGUÉ no puede escudarse en que el contrato fue incumplido, debido a que, el contrato de obra se cumplió a cabalidad y con perfección absoluta del contratista en cuanto atañe a la obra como tal, lo que obliga a disponer el pago de la obra en la forma prevista por el demandante.

Con base en lo anterior, el apelante solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acojan las súplicas de la demanda.

Posteriormente, en proveído de 22 de abril de 2015[[13]](#footnote-13), esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, y el 23 de agosto de 2017 el despacho de conocimiento procedió a fijar el 1 de septiembre del mismo año[[14]](#footnote-14) como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

**6. Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento en segunda instancia.**

Llegado el día y hora fijado, el Magistrado Ponente hizo un breve recuento de la actuación procesal surtida hasta la fecha y concedió el uso de la palabra a las partes, quienes ratificaron lo dicho en el recurso de apelación y en la contestación del mismo.

Por último, el representante del Ministerio Público rindió su concepto en el que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, que declaró probadas las excepciones de Contrato no cumplido y de Cobro de lo no debido, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante, toda vez que las obras que se reclaman fueron realizadas sin permiso de Infibagué, asimismo, fueron distintas a las pactadas en el contrato y tampoco obedecen a la condición de obras necesarias para la conservación del inmueble en mención.

De igual manera, se fijó el 23 de octubre del año en curso, a las 9:00 a.m., como fecha para realizar audiencia de lectura del fallo.

**ll. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retoma la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Valoración del juzgador del negocio jurídico celebrado entre las partes **2)** El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal; **3)** El contrato estatal de concesión; **4)** El principio de selección objetiva; **5)** El desconocimiento del principio de la selección objetiva puede conllevar a la declaratoria de nulidad por desviación o abuso de poder**. 5.1.)** Restituciones mutuas; y **6)** Caso concreto.

1. **Valoración del juzgador del negocio jurídico celebrado entre las partes[[15]](#footnote-15)**

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorpora estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado mediante la calificación del acto, la constatación de los efectos jurídicos que de él se derivan y se realizará la incorporación de estas consecuencias jurídicas al acuerdo, para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores adquieren mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando: (i) hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado, o (ii) cuando las partes denominan lo pactado bajo un tipo contractual y en realidad lo celebrado corresponde a otro; puesto que ante tales divergencias es aquel quien está llamado a puntualizarlo con autoridad, de manera vinculante y definitiva para los contendientes.

**2. El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal [[16]](#footnote-16)**

Son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido.

Por consiguiente, la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce.

Asimismo, entre otras, dentro de las características del contrato de arrendamiento, es ser sinalagmático, comoquiera que surgen obligaciones recíprocas entre las partes. Entonces, le corresponde al arrendador, principalmente, entregar al arrendatario la cosa arrendada y *“librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”[[17]](#footnote-17)*, para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla; mientras que el arrendatario, debe conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato a la finalización del mismo, so pena de incurrir en incumplimiento del contrato.

Si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica (Artículo 1986 del C. C.), el arrendatario es perturbado por el arrendador en el use y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación. (Artículo 1987 del C. C.).

Ahora, como *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”* (Artículo 1626 del C.C.) y este conviene hacerse *“bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación”*, se sigue que, si el arrendador no entrega la cosa arrendada o perturba al arrendatario en el goce de ella, estará incumpliendo el contrato y este comportamiento implicará el deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño.

Asimismo, el arrendatario está obligado a pagar el precio o renta acordado en el contrato (Artículo 2000 del C.C.), de lo contrario, también estaría incumpliendo el contrato y *“podrá el arrendador, para asegurar este pago y las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria”*.

**3. El contrato estatal de concesión[[18]](#footnote-18)**

La premisa inicial es que el “modelo democrático del ejercicio del poder determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos”[[19]](#footnote-19).

De esta manera, la “actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de manera igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones”[[20]](#footnote-20).

Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión[[21]](#footnote-21) que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

Ahora bien, para la época en la que se celebró el contrato que dio lugar al presente litigio, esto es, el 20 de abril del 2006 le resultan aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, particularmente lo dispuesto el numeral 4 del artículo 32 que define el contrato de concesión como como todo aquel cuyo objeto se concreta en “*la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o* *bien destinados al servicio o uso público*”, diferente de un simple contrato de obra.

A su vez, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el parágrafo **2º** del referido artículo 32**, que dispone que para la celebración de contratos de concesión el interesado debe** presentar la ofertaen la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental, por su parte, **la entidad estatal** estudiará **el proyecto y ordenará** la apertura de una licitación para adjudicarlo, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta Ley.

**4. Principio de selección objetiva**[[22]](#footnote-22)

El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos.

De la manera más simple, la selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.

Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad.

**5. El desconocimiento del principio de la selección objetiva puede conllevar a la declaratoria de nulidad por desviación o abuso de poder**[[23]](#footnote-23)

Ahora bien, el desconocimiento de la selección objetiva puede generar la posibilidad para el juez de declarar la nulidad por desviación o abuso del poder, contemplada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Este razonamiento ya ha sido decantado por anteriores decisiones de esta Subsección al sostener que:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional[[24]](#footnote-24) o con abuso o desviación de poder.[[25]](#footnote-25)*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,[[26]](#footnote-26) razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

*En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.*

*En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.*

*Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder (…)”.* (Subrayado fuera de texto)

No se olvide que algunas de las causales que enlista el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de no estar allí expresamente previstas, configurarían nulidad absoluta por objeto ilícito.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.[[27]](#footnote-27)

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sanea *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

Al respecto, debe considerarse que el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, sin embargo, el término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

No obstante, el artículo 94 del Código General del Proceso [[28]](#footnote-28) establece que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (…)”.*

Así las cosas, la Sala observa que, por la época en que se celebró el contrato, el 20 de abril de 2006, la ley aplicable era la Ley 791 de 2002, que estableció el término de prescripción extraordinaria en 10 años, término que se vio interrumpido el 17 de mayo de 2013[[29]](#footnote-29) con la presentación de la demanda, cuya admisión fue el 2 de octubre de 2013 [[30]](#footnote-30) y su respectiva notificación al demandado se surtió el 15 de octubre de 2013 [[31]](#footnote-31), esto es, dentro del año siguiente a la notificación al demandante de tal providencia, requisito determinado por la ley para interrumpir el término de prescripción con la presentación de la demanda.

**5.1. Restituciones mutuas [[32]](#footnote-32)**

Con relación a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que de conformidad con la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación de las partes al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido.

Al efecto, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo, en el siguiente sentido:

*“Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.*

*Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”*

Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1.746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante 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 la causa ilícita”*

Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas[[33]](#footnote-33); prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Sin embargo, debe reiterarse, que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago, y ese interés no se habrá satisfecho cuando se ejecutan prestaciones que no han sido convenidas en el contrato, pues las restituciones mutuas hacen referencia, precisamente, a lo que ha de devolverse en razón del contrato, es decir, a las prestaciones que surgieron de este y fueron ejecutadas y no a las que no surgieron de él.

**6. Caso concreto**

En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la existencia del Contrato de Arrendamiento No. 053 del 20 de abril de 2006 y su incumplimiento por parte de la demandada.

Al respecto, la Sala para dilucidar el asunto sometido a decisión estima necesario interpretar que clase de contrato quisieron celebrar las partes, precisar cuál es la naturaleza jurídica del referido contrato y por último, examinar su legalidad, para así determinar si el contrato suscrito se encuentra conforme a derecho y si no es así, señalar las consecuencias de esta vulneración.

Pues bien, conforme a las pruebas existentes se encuentra acreditado que el 20 de abril de 2006, entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÉ y Carlos Hernando Gutiérrez, se celebró el contrato por ellos denominado “*de arrendamiento*”[[34]](#footnote-34).

El objeto del contrato traído a colación, consistió en la entrega por parte de la entidad estatal al contratista de cinco (5) canchas de tenis; identificadas con los Números 1, 2, 3, 4 y 5, junto con dos canchas adicionales, que eran administradas por el parque deportivo, para un total de mantenimiento permanente de las siete (7) canchas existentes, una oficina y una bodega, ubicadas en el Parque Deportivo de la ciudad de Ibagué*,* con el fin de usarlas, explotarlas, adecuarlas y conservarlas, de acuerdo con el presupuesto de mejoras a realizar en dichos escenarios, según documento anexo al contrato citado[[35]](#footnote-35).

Obras estas, que de conformidad con la Cláusula Primera del contrato debían estardivididas en etapas así: *“PRIMERA ETAPA: Reconstrucción y adecuación de las canchas 1, 2, 3, con iluminación de las canchas 2 y 3. La adecuación de la zona de tenis. SEGUNDA ETAPA: Iluminación de las canchas 1,4 y 5, la reconstrucción de las canchas 4 y 5 en polvo ladrillo y la remodelación y adecuación de las dos canchad de cemento así como las graderías 2 y 4. TERCERA ETAPA: Construcción del área de la zona social para mejorar la comodidad de los usuarios de la escuela, dotada de duchas, baños, zona de hidratación, guarda ropa, sala de televisión entre otros. CUARTA ETAPA: Construcción de la cancha nueva paralela a la cancha número uno, la cual reposa en los planos de reestructuración del Parque Deportivo. PARÁGRAFO: El desarrollo de la tercera y cuarta etapa del proyecto, se ejecutará bajo previa autorización y estudio de la viabilidad de estas obras por parte de INFIBAGUE”.*

En el contrato en cuestión se convino como obligaciones del arrendatario en la Cláusula Séptima las siguientes:

*“a) Destinar el bien inmueble al uso pactado en el presente contrato, b) Realizar adecuaciones en materia de infraestructura y todo lo que tenga que ver con las acometidas de energía, acueducto y alcantarillado para las canchas tenis, la oficina, la bodega y los baños, objeto de este contrato, los cuales quedaran de propiedad de INFIBAGUE sin que el ARRENDATARIO pueda retirarlas o reclamar indemnización alguna por este concepto, c) el arrendatario se compromete a cancelar el valor de los servicios públicos domiciliarios que allí se instalen, tales como energía, teléfono, gas, acueducto, alcantarillado y aseo, (…), g) Pagar el precio del canon de arrendamiento en la fecha estipulada en la cláusula tercera del presente contrato, h) El ARRENDATARIO se compromete a realizar el mantenimiento de las dos canchas adicionales que viene administrando el parque deportivo, para un total de mantenimiento permanente de las siete (7) canchas existentes,(…)”*

La Sala después de valorar el negocio jurídico celebrado, observa que el contrato celebrado entre las partes es un contrato de concesión y no de arrendamiento como se tituló, pues en este, se evidencian los elementos esenciales del contrato de concesión, como lo son:

i) Las partes intervinientes en su celebración son: una entidad estatal que actúa como concedente, el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÉ, y una persona natural denominada concesionario, el señor Carlos Hernando Gutiérrez.

ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado, sustituyéndolo en el cumplimiento de dicha carga, asi como sucedió en este caso, con la entrega del inmueble para la explotación y conservación delas siete (7) canchas de tenis, la oficina y la bodega ubicadas en el Parque Deportivo de la ciudad de Ibagué,destinadas exclusivamente al fomento de la recreación y el deporte, en donde también se pactó, pero en menor proporción, la adecuación del bien para garantizar la debida prestación del servicio, todo ello por cuenta y riesgo del contratista, el señor Carlos Hernando Gutiérrez.

iii) ) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, como efectivamente ocurrió en el referido contrato, en donde el 29 de junio de 2006[[36]](#footnote-36) se firmó el Acta de recibo de la obra, en la cual se señaló que de común acuerdo se habían reunido contratante, contratista y supervisor, para suscribir el acta de recibo del contrato No. 053 de marzo de 2006; documento que tiene anexa una tabla que indica las partidas de pago, unidad, valor unitario, obra presupuestada y ejecutada.

iv) El concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual, en el presente asunto se concreta en los beneficios por él obtenidos con el uso y la explotación de las siete (7) canchas de tenis, la oficina y la bodega ubicadas en el Parque Deportivo de la ciudad de Ibagué.

Y por último, v) Los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, estipulación contenida en la cláusula décima segunda del referido contrato, en donde se acordó que “*toda obra civil de mantenimiento, adecuación o remodelación que se haga al bien inmueble, una vez sea efectuada la restitución del bien, pasará a ser de propiedad de INFIBAGUÉ, sin que el contratista pueda retirarla, reclamar indemnización o reconocimiento por este concepto”.*

En efecto, las pruebas arrimadas al plenario demuestran que en el presente asunto están presentes los elementos esenciales de la concesión, de allí que, se pueda afirmar sin titubeo alguno, que la figura negocial celebrada entre las partes fue un contrato de concesión, aunque se hubiera denominado de *“arrendamiento”,* toda vez que, la naturaleza del contrato o negocio jurídico no se ve determinada por el nombre o denominación que las partes le den, sino por los elementos esenciales que caracterizan cada tipo negocial.

Al respecto, debe aclararse que, por tratarse de la entrega de un bien de uso público destinado a la recreación y el deporte, actividad de titularidad exclusiva de la administración, el inmueble no podía ser otorgado al contratista de manera directa como se hizo, sino por el contrario, la administración debía ordenar la apertura a una licitación pública para así proceder a entregarlo bajo la modalidad de concesión.

Por su parte, el principio de selección objetiva comprende la publicidad de todo el *iter* contractual, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado y la imposibilidad para la Administración de celebrar, sin justificación alguna, contratación directa cuando la ley estipule procesos de licitación.

Y es que de no ser así, se estaría incurso en la violación de la norma general que establece que la escogencia del contratista debe hacerse por medio de licitación, excepto en los casos que regula el 24 de la Ley 80 de 1993[[37]](#footnote-37) que determina los asuntos en los que se puede contratar directamente.

Fluye como síntesis de todo lo anterior que en la contratación estatal, no se puede quebrantar el principio de selección objetiva, razón por la cual la Administración no puede omitir los procedimientos establecidos para la escogencia de contratistas, dado que la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que viola los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994; lo que conduce de manera indeflectible a la nulidad absoluta del contrato.

Prueba de ello, es que en texto del contrato No.053 del 20 de abril de 2006 celebrado entre las partes, se señaló en la consideración quinta que *“se recibió solicitud de arrendamiento por parte del señor Carlos Hernando Gutiérrez, para contratar el alquiler de cinco canchas de tenis en polvo ladrillo (las No. 1, 2, 3, 4 y 5), una oficina y una bodega, ubicadas en el parque deportivo de la ciudad de Ibagué. Con fundamento en lo anterior, las partes acuerdan celebrar el presente contrato de arrendamiento (…)”[[38]](#footnote-38);* de donde se evidencia que la entidad decidió aceptar el plan de negocios – propuesta dirigida a INFIBAGUÉ del proyecto *“Escuela de Tenis del Parque Deportivo”* presentada por el señor Gutiérrez en el mes de marzo de 2006[[39]](#footnote-39), sin llevar a cabo el procedimiento legalmente establecido para otorgar en concesión el bien de uso público destinado a la recreación y el deporte.

Por consiguiente, la Sala encuentra que en el asunto sometido a consideración se desconoció el procedimiento de apertura de licitación pública, con lo cual se viola el deber de selección objetiva y determina en consecuencia, la nulidad absoluta del Contrato No. 053 del 20 de abril de 2006, ya que el mismo se encuentra viciado al suscribirse con abuso o desviación de poder, según lo preceptuado por la causal tercera del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin olvidar que las causales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, son simplemente causales específicas de objeto ilícito, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes[[40]](#footnote-40), el término de prescripción extraordinaria tampoco logró sanearla porque se interrumpió,[[41]](#footnote-41) y la misma puede ser decretada oficiosamente porque están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración[[42]](#footnote-42).

Y como así no lo vió ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser modificada para en su lugar declarar que entre las partes se celebró y por lo tanto, existió un contrato un contrato de concesión que resulta absolutamente nulo, por las razones aquí expuestas.

Además, la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido, y que en principio daria lugar a las restituciones mutuas, así pues, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido[[43]](#footnote-43).

Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

En el caso de autos, para resolver las restituciones mutuas se tiene en cuenta lo pactado en el contrato[[44]](#footnote-44), por una parte, que la Administración descontaría a favor del contratista la suma de $1.200.000 de la contraprestación mensual establecida, y por otra parte, que el contratista pagaría el valor de $500.000 más el valor total del IVA $170.000 y realizaría una serie de adecuaciones a las siete (7) canchas de tenis, la oficina y la bodega ubicadas en el Parque Deportivo de la ciudad de Ibagué, avaluadas en $72.000.000[[45]](#footnote-45).

Asimismo, indica el Acta de recibo de la obra del 29 de junio de 2006[[46]](#footnote-46), que la inversión total realizada por el señor Carlos Hernando Gutiérrez, con ocasión a la adecuación del inmueble fue de $72.000.000, prueba que acredita que la obra pactada fue ejecutada en su totalidad y que el interés público fue satisfecho. Sin embargo, este punto no fue objeto de debate en esta litis.

Visto lo anterior, la Sala concluye que no hay lugar a efectuar ningún reconocimiento por concepto de restituciones mutuas, en razón a que el demandante sólo pactó la suma de $72.000.000, como valor total a invertir en desarrollo del objeto contractual y nada sobre esta suma se discute en el presente proceso y si en gracia de discusión, se hubiese reclamado dicha suma en esta instancia, nada se puede restituir, toda vez que las obras pactadas eran parte de la contraprestación establecida por la explotación, uso y conservación del inmueble entregado.

Ahora bien, en cuanto a las obras nuevas o adicionales que el demandante alega haber ejecutado y que pretende le sean pagadas, la Sala advierte que las mismas no se encuentran estipuladas en el contrato en estudio, por consiguiente, no hay lugar a reconocer restitución alguna por este concepto.

Finalmente, la Sala ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron el citado contrato con violación del deber de selección objetiva.

**7. Condena en costas**

En cuanto a las costas decretadas por el A quo, la Sala encuentra que la decisión fue tomada teniendo en cuenta lo estipulado en la Ley 1437 de 2011, motivo por el cual se confirmará el valor impuesto por el Tribunal en primera instancia, en razón a este concepto, esto es, condenar al señor Carlos Hernando Gutiérrez a pagar en costas el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 “salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|   | **Idoneidad** | **Necesidad** | **Proporcionalidad en estricto sentido** |
| **Exigencias fácticas** | Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.  Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.    | El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:a)   Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.b)   Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.c)    Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto,  se presentan perjuicios a terceros. | El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.a)    Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.b)   Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.c)   Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%. |

Empero lo anterior, no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo alos tres criterios referidos y ala naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que en el presente asunto se evidenció la inexistencia del daño alegado, lo que hace que la actuación del impugnante resulte temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, de manera que las costas del proceso se fijarán en el 3% del monto de las pretensiones de la demanda, la cual se estableció en el *“reconocimiento y pago de una suma igual o superior a seiscientos setenta y nueve millones trescientos sesenta y nueve mil quinientos sesenta y ocho pesos ($679´369.568)”*. En consecuencia, el 3% del valor total de las pretensiones equivale a $20.381.087.

En conclusión, en el presente caso habrá lugar a confirmar la condena impuesta en primera instancia al demandante, el señor Carlos Hernando Gutiérrez, por costas decretadas en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ser la parte vencida dentro del proceso. Adicionalmente, se impondrán costas de segunda instancia por valor de $6`793.695,68, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**R E S U E L V E**

**MODIFICAR** la sentencia del 13 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, por los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar **DISPONER**:

**PRIMERO: DECLARAR** que el contrato No. 053 del 20 de abril de 2006 celebrado entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÉ y Carlos Hernando Gutiérrez fue un **CONTRATO DE CONCESIÓN**, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO**: **DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato No. 053 del 20 de abril de 2006 celebrado entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué – INFIBAGUÉ y Carlos Hernando Gutiérrez, por haberse pactado con abuso o desviación del poder al violar el principio de selección objetiva.

**TERCERO: NO ORDENAR RESTITUCIÓN ALGUNA** por lo dicho en las consideraciones.

**CUARTO: CONFIRMAR** las costasimpuestas por la primera instancia, decretadas en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ser la parte vencida dentro del proceso y **CONDENAR** en costas de segunda instancia al señor **CARLOS HERNANDO GUTIÉRREZ**, las cuales se fijan en el 3% del valor total de las pretensiones, esto es, el equivale a **VEINTE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHENTA Y SIETE PESOS ($20.381.087).**

**QUINTO: ORDENAR** compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen las conductas de quienes celebraron el contrato con violación del deber de selección objetiva.

**SEXTO: DEVOLVER** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado Ponente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

 **Magistrado Magistrado**

 **Aclaró voto**

1. Fls 116-123 C.1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Subsanada el 08 de julio del mismo año. Fls 132-133 C.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 122ª-123A [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls 136-138 C.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls 241-242 C.1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls 451-481 C.2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 497 C.2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls 509-516 C.2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls 519-521 C.2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 522-540 C.P; 543-546 C.P. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls 547-565 C.P. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls 573-594 C.P. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl. 600 C.P. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl. 638 C.P. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. 23.730 [↑](#footnote-ref-15)
16. Al respecto ver: Consejo de Estado, sentencias de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.168 y de 29 de abril de 2015, Exp. 35.138. [↑](#footnote-ref-16)
17. Numeral 3º del artículo 1982 del C. C. [↑](#footnote-ref-17)
18. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010. [↑](#footnote-ref-18)
19. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, p.238. [↑](#footnote-ref-19)
20. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, pp.239 y 240. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390. [↑](#footnote-ref-21)
22. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 6 de julio de 2015, Expediente No. 39.122. [↑](#footnote-ref-22)
23. Puede verse las siguientes sentencias con las mismas consideraciones, a saber: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 24 de enero de 2011, expediente 16326; 24 de marzo de 2011, expediente 18118 y 28 de marzo de 2012, expediente: 22471. [↑](#footnote-ref-23)
24. Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-24)
25. Numeral 3º. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Este pie de página corresponde al texto citado.) [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-27)
28. .Artículo 94. *Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora*. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fls 116-123 C.1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fls 241-242 C.1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fls 245-248 C.1 [↑](#footnote-ref-31)
32. Puede verse la sentencia con las mismas consideraciones, a saber: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 09 de febrero de 2017, Expediente 52.805. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio.*

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que *“sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenudo de gela tornar”*

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio”* y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera valido.” [↑](#footnote-ref-33)
34. Fls. 60-64 C.1, [↑](#footnote-ref-34)
35. Fl. 6-39 C.3 [↑](#footnote-ref-35)
36. Fls. 68-72 C.1 [↑](#footnote-ref-36)
37. Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fl.61 C.1 [↑](#footnote-ref-38)
39. Fl.37 C.1 [↑](#footnote-ref-39)
40. Ver artículo 45 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-40)
41. la Sala estima que cualquier la nulidad absoluta a que tenga lugar el contrato No. 053 del 20 de abril de 2006, no ha sido saneada por la prescripción extraordinaria, toda vez que el término de 10 años para decretar la prescripción establecido en la Ley 791 de 2002, fue interrumpido con la presentación de la demanda, el 17 de mayo de 2013, y su notificación al demandado, el 15 de octubre de 2013, siguiéndose cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ver artículo 32 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-42)
43. La disposición expresa: *“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”* [↑](#footnote-ref-43)
44. Fls. 60-64 C.1 [↑](#footnote-ref-44)
45. Fl. 6-39 C.3 [↑](#footnote-ref-45)
46. Fl. 435 C.2 [↑](#footnote-ref-46)