

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicado	05001-33-33-011-2013-00353-00
Demandante	AREA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRA
Demandado	TERESA LUCIA LLANO DE BOTERO
Medio de control	RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO
Asunto	Admisión de la demanda

Corregida en debida forma la demanda y por reunir los requisitos legales establecidos en el artículo 75 a 77 y 424 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia, éste Juzgado

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR la demanda de restitución de inmueble arrendado de la referencia.

SEGUNDO.- Notifíquese por estados a la parte demandante el presente auto admisorio (además envíese mensaje de datos tal como lo ordena el art. 201 inciso 3 del CPACA); personalmente a la señora TERESA LUCIA LLANO DE BOTERO, de conformidad con lo establecido en los artículos 315 a 320 del C.P.C.; al Procurador Delegado ante éste Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 198 y 199 del CPACA, éste último modificado por el artículo 612 del C.G.P.

TERCERO.- Córrase traslado de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 y 428 del C.P.C, por el término de diez (10) días.

CUARTO.- La comunicación de que trata el art. 315 del C.P.C., se halla disponible en la Secretaría de este Juzgado, para ser tramitada por el apoderado demandante, a través de la empresa de servicio postal autorizada que escoja.

QUINTO.- Désele a esta demanda el trámite del proceso verbal previsto en el art. 428 y s.s. del C.P.C., junto con las disposiciones especiales del proceso de restitución de tenencia previstas en el art. 424 del C.P.C.

SEXTO.- Se reconoce personería para actuar, como apoderado de la entidad demandante al Dr. CARLOS MARIO MONTOYA SERNA, de conformidad con el poder obrante a folio 29 del expediente.

NOTIFÍQUESE

EUGENIA RAMOS MAYORGA
Jueza

NOTIFICACIÓN POR ESTADOS JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADOS N°. _____ el auto anterior.
Medellín, _____. Fijado a las 8:00 a.m.
_____ SECRETARIO

JUZGADO 11º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO,
Medellín, _____ en la presente fecha se notifica personalmente al señor PROCURADOR JUDICIAL 167, de la providencia anterior, además se le hace entrega de copia de la demanda y sus anexos así copia del auto admisorio del medio de control
Firma: _____

JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Contrato administrativo / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Jurisdicción contenciosa administrativa / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Jurisdicción ordinaria / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Criterio subjetivo orgánico. Ley 1107 de 2006 / CRITERIO SUBJETIVO - Jurisdicción contenciosa administrativa. Ley 1107 de 2006 / CRITERIO ORGANICO - Jurisdicción contenciosa administrativa. Ley 1107 de 2006 / NORMA PROCESAL - Ley 1107 de 2006. Aplicación inmediata

Como corolario de lo anterior se tiene que, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encontraba habilitada para conocer tanto de las controversias que se suscitaban en relación con los contratos administrativos enlistados en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, como de aquellas que se presentaran en los contratos denominados de derecho privado de la Administración, siempre y cuando en ellos se hubiere pactado cláusula de caducidad. Como quiera que la acción procedente, en el asunto sometido a estudio, es la contractual, toda vez que los actos acusados provienen de la celebración de un contrato, y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, se llegaría a la conclusión de que como el contrato de arrendamiento celebrado bajo el régimen del Decreto-ley 222 de 1983, tal como lo admite la entidad pública demandada, corresponde a la categoría de los de derecho privado de la Administración y en él no se incluyó cláusula de caducidad, el conocimiento de la controversia suscitada habría correspondido a la justicia ordinaria, circunstancia que obligaría a ordenar su remisión a dicha jurisdicción, lo cual no resulta razonable, dado que tal circunstancia debió ser detectada en la admisión de la demanda. En cualquier caso se tiene que en la actualidad el artículo 82 del C.C.A., con la última modificación introducida por la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, señaló un nuevo marco general de actuación a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Se observa que la norma citada, adoptando un criterio subjetivo u orgánico, en virtud del cual atribuyó competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de toda clase de litigio originado en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, con lo cual puso fin a la distinción que hacía el anterior artículo 82 del C.C.A., referida exclusivamente a los litigios administrativos, de manera que con la última reforma mencionada se abrió paso para que todo tipo de litigio generado por las actuaciones adelantadas o cumplidas por una entidad pública, deba someterse al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La norma referida es de naturaleza procesal y por lo tanto de derecho público, de orden público y de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Estatuto Procesal Civil y, de aplicación inmediata, según lo prescrito por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Restitución. Vencimiento del
plazo / RESTITUCION DEL INMUEBLE ARRENDADO - Oportunidad.
Vencimiento del plazo

La legislación civil también aplicable a los contratos celebrados por las entidades del Estado, dispone en el artículo 2008 que, el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento como ocurre en general con todo contrato. No obstante haberse producido la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, celebrado entre las partes de la controversia, el arrendatario continuó ejerciendo la tenencia del bien, sin que se hubiere probado en el proceso que la Administración Distrital hubiera satisfecho el requisito previsto en el artículo 1608 del Código Civil, consistente en efectuar el requerimiento al arrendatario, para que quedara constituido en mora. La legislación civil, en su artículo 2005 establece la obligación del arrendatario de restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato de arrendamiento, toda vez que la entrega de los bienes en este tipo de contrato se hace a título de mera tenencia. De conformidad con las normas antes citadas, al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo; es decir, que aunque estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente, su cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas. Se trata de aquellas obligaciones que tienen origen en el contrato pero que están llamadas a ser cumplidas con posterioridad

a su vigencia o extinción; es el caso de la obligación que asume el vendedor, en el sentido de responder por el saneamiento o por vicios ocultos de la cosa vendida o aquella que contrae el constructor consistente en responder por la estabilidad de la edificación que ha sido levantada y entregada al propietario etc. En este caso, al celebrar el contrato, el arrendatario asume la obligación de restituir el bien arrendado al finalizar el contrato (art. 2005 C.C)

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Extinción / RESTITUCION
DEL INMUEBLE ARRENDADO - Incumplimiento / PROCESO DE
RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - Principio de legalidad /
PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Proceso de restitución de inmueble arrendado**

El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo). El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se de el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él. En el caso sometido a estudio, cabe cuestionar qué sucede cuando el arrendatario se niega a cumplir

con la obligación de desocupar y restituir el bien entregado, a título de arrendamiento, al vencimiento del contrato celebrado con la Administración? Se encuentra legalmente facultada la entidad pública arrendadora para ordenar la desocupación y restitución del inmueble, mediante acto administrativo? La respuesta debe ser negativa por las razones que a continuación se exponen: El proceso de restitución de inmueble arrendado no fue regulado en el Código Contencioso Administrativo, razón por la cual y en virtud de lo prescrito en su artículo 267, deberá seguirse el procedimiento previsto en las normas del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, el artículo 408 ibídem, establece que la restitución del inmueble arrendado se tramitará y decidirá mediante el procedimiento abreviado que se encuentra previsto en los artículos 409 a 414 ibídem; luego, es este el trámite que debe adelantarse para aquellos casos en los cuales el arrendatario se niegue al cumplimiento de la obligación de restitución del bien, al término del contrato. El principio de legalidad, básico en el Estado de derecho, impone no solo a la Administración sino a todas las instituciones del Estado el deber y la limitación de ceñir sus actuaciones al ordenamiento jurídico, puesto que es la ley la que le otorga las potestades y define los límites dentro de los cuales pueden actuar las autoridades; en otras palabras, para que las autoridades puedan actuar legítimamente se requiere de una atribución legal previa.

INCOMPETENCIA FUNCIONAL - Vicio de nulidad / VICIO DE NULIDAD - Competencia / ACTO ADMINISTRATIVO - Vicio de nulidad / RESTITUCION DEL INMUEBLE ARRENDADO - Acto administrativo. Nulidad

El vicio de nulidad deviene de la ausencia de uno de los de los elementos esenciales para la validez del acto administrativo, como lo es la competencia del órgano que lo expide; es decir, que el acto administrativo será válido cuando el órgano que lo expide actúa dentro del marco de la competencia asignada por la ley; pero sucede que cuando las autoridades ejercen competencias que no tienen o invaden la órbita de competencia que de manera expresa se encuentra atribuida a otras autoridades

o ramas del poder público, el acto administrativo expedido en tales condiciones, se encuentra viciado de nulidad por incompetencia funcional.

PODER DE POLICIA - Control jurisdiccional / PROCESO CIVIL DE POLICIA - Acto de carácter judicial / AMPARO POLICIVO POSESORIO - Acto de carácter judicial

Las autoridades policivas por regla general ejercen funciones propiamente administrativas, inherentes al poder de policía del cual se encuentran investidas, dentro de los precisos límites legales, actos que están sujetos al control jurisdiccional como cualquier acto administrativo. Así mismo y excepcionalmente actúan en función jurisdiccional, cuando dirimen los procesos civiles de policía dirigidos a amparar la posesión, la tenencia o la servidumbre, eventos en los cuales, sus actos, por ser de carácter judicial, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Son estas las razones por las cuales el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 82, ha previsto que los actos expedidos en los juicios civiles de policía, entre otros, no son objeto de control ante la justicia de lo Contencioso Administrativo. La jurisprudencia de la Sección Tercera en distintos pronunciamientos ha determinado que los juicios civiles de policía y especialmente el amparo policivo posesorio tienen carácter judicial; igualmente ha diferenciado entre la función propiamente administrativa que cumplen las autoridades de policía y la función judicial ejercida por las mismas. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional; en sus diferentes fallos ha reiterado que los juicios civiles de policía, iniciados para protección del "statu quo", constituyen manifestaciones del poder judicial del Estado. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 3 de mayo de 1990; Exp. 5.911; de 5 de mayo de 1995, Exp. 3130 y de 5 de septiembre de 1996, Exp. 3960 de 1996; de la Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 21 de abril de 1982, Exp. No. 893, M.P. Manuel Gaona Cruz; Corte Constitucional: T- 048 del 14 de febrero de 1995; T - 289 del 5 de julio de 1995; T- 149 del 23 de abril de 1998; T- 127 del 1 de marzo de 1999 y T- 629 del 30 de agosto de 1999.

JUICIO DE LANZAMIENTO - Naturaleza jurídica. Función jurisdiccional / JUICIO POLICIVO - Inexistencia / RESTITUCION DE BIEN - Autoridad policiva. Control judicial

Bajo este contexto es claro que cuando las autoridades policivas adelantan un juicio de lanzamiento, actúan en función jurisdiccional, como un verdadero juez, quien actúa imparcialmente frente a los intereses opuestos de las partes en conflicto. Pero cuando la controversia que se suscita por la ocupación de hecho se traba no entre dos particulares, como es lo usual, sino entre un particular y la propia entidad pública municipal y es esa misma Administración quien adelanta el juicio de lanzamiento para recuperar el bien de su propiedad, cabe preguntar si tal actuación es de carácter judicial y si, en consecuencia, escapa al control jurisdiccional? La respuesta debe ser negativa, por cuanto en este evento, la Administración no actúa en ejercicio de competencias jurisdiccionales, sino como autoridad administrativa en ejercicio del poder de policía; en consecuencia, dichos actos están sometidos a control jurisdiccional, el cual se ejerce por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este orden de ideas los actos que expida la autoridad policiva con el fin de obtener la restitución de un bien de su propiedad, trátense de un bien de uso público o de un

bien fiscal, el cual ha sido objeto de ocupación de hecho, pueden ser impugnados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No se restablece el derecho del que no es titular / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia. Derecho inexistente

En el caso sub lite, es evidente que hubo un contrato de arrendamiento que venció el 1º de agosto de 1990, fecha desde la cual el arrendatario debió cumplir con la obligación de restituir el inmueble, al tenor de lo prescrito por el citado artículo 2005 del C.C. Significa entonces que al haber vencido el plazo del contrato, desapareció para el arrendatario el derecho a conservar la tenencia del bien inmueble, puesto que era el contrato el que le amparaba este derecho. De lo anterior se infiere que no es posible reclamar el restablecimiento de un derecho del cual no se es titular, mucho menos cuando en lugar de ese derecho lo que en realidad existía, para el accionante, era una obligación pendiente de cumplir. Esta orientación jurisprudencial tiene aplicación al caso concreto en razón a que el demandante pretende que se le reconozca o restablezca un derecho que ya no podía estar en su patrimonio, puesto que si bien es cierto que los actos que fueron acusados se encuentran viciados de nulidad por haber sido expedidos por la Administración Distrital sin tener competencia para ello e invadiendo la órbita de competencia del juez, la consecuencia de la ilegalidad de dichos actos, no puede ser, en manera alguna, la restitución del inmueble, puesto que, como ya se dijo, el derecho pretendido por el demandante ya no existía, por el contrario, pesaba sobre él una obligación derivada del contrato de arrendamiento que terminó por vencimiento del plazo. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 15 de noviembre de 1990, Expediente 2339, Sección Segunda del Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883)

Actor: ROBERTO CHAHN NOHORA

Demandado: DISTRITO DE SANTA MARTA

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de septiembre de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio de la cual dispuso:

"Niéganse las pretensiones de la demanda." (fls. 196 cd. ppal).

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El señor Roberto Chaín Nohora, representado mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda en contra del Distrito del Magdalena, en escrito presentado el día 22 de abril de 1993, con formulación de las siguientes pretensiones: (fls. 2 a 21, cd. ppal.)

"1° Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 905 del 22 de octubre de 1992, 035 del 25 de enero de 1993 y el Acta de la diligencia del lanzamiento del 19 de febrero de 1993 que dio cumplimiento a lo ordenado por estos actos administrativos

2. Que como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho se reconozcan al señor ROBERTO CHAHÍN N.:

a) Los perjuicios materiales inmediatos y futuros que resulten probados, y que se hayan causado con la expedición y ejecución de los actos administrativos relacionados, materia de este proceso, en cuya nulidad insistimos.

b) Los perjuicios morales subjetivos que resulten probados, ocasionados con la expedición y ejecución de los actos administrativos acusados y que se proyectan en el tiempo, como consecuencia del temerario endilgamiento de delincuente que a nuestro representado hizo la administración distrital de Santa Marta.

c) La restitución a título de tenencia al señor ROBERTO CHAÍN N. en su calidad de arrendatario del inmueble situado en la carrera 5ª. # 15-11 de la ciudad de Santa Marta." (fls. 8 a 9 cd. ppal).

1.2. Los hechos.

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante relata los siguientes hechos:

- a) El demandante y la Alcaldía del Distrito de Santa Marta celebraron varios contratos de arrendamiento comercial sobre el local ubicado en la carrera 5ª No. 11-15 de dicha ciudad; el primero de ellos, el 5 de febrero de 1965; el segundo, el 11 de mayo de 1971; el tercero, el 1º de diciembre de 1973 y el último, el 1º de agosto de 1986.
- b) En el último de los contratos celebrados, el plazo fue pactado por dos años, el cual venció el 30 de julio de 1988, pero fue pactada una prórroga por igual tiempo que extendió su plazo hasta el 30 de julio de 1990; sin embargo, el demandante consideró que el contrato se había prorrogado automáticamente en el tiempo por períodos iguales, de tal suerte que, al momento de presentar la demanda, presuntamente se había extendido hasta el 30 de julio de 1994.
- c) Los cánones de arrendamiento, como los incrementos, fueron cancelados regularmente por el arrendatario, primero en la Tesorería Municipal de Santa Marta y luego en la Sección de Depósitos Judiciales del Banco Popular, en títulos negociables que fueron recibidos por la Alcaldía de Santa Marta.
- d). Mediante el acto acusado, Resolución No. 905 de 22 de octubre de 1992, el Alcalde Mayor de Santa Marta (E) ordenó la desocupación del local comercial que había sido objeto de los contratos de arrendamiento, decisión que fue recurrida por el demandante y confirmada por la entidad estatal a través de la Resolución No. 035 de 25 de enero de 1993.
- e). La Inspección Segunda de Policía del Distrito de Santa Marta notificó al demandante que, en cumplimiento de lo ordenado por las resoluciones anteriormente referidas, adelantaría el lanzamiento por ocupación de hecho, vigencia que se materializó el 19 de febrero de 1993 por parte del Inspector Segundo, procediendo al desalojo, sin tomar en cuenta la oposición ejercida por el arrendatario, soportada

con los contratos de arrendamiento celebrados con el Distrito, hecho que alega, le causó grandes perjuicios.

- f) En criterio del demandante, para que pudiera decretarse el lanzamiento se requería que la posesión del inmueble se hubiere producido sin consentimiento del arrendador del bien o que el arrendatario no hubiera cancelado los cánones de arrendamiento; además, para dar por terminada la relación contractual de derecho privado era necesario acudir al procedimiento previsto por las normas del Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil.
- g) La actuación del Alcalde lo convierte en juez y parte, a la vez que desvirtúa uno de los principios generales del derecho que rige la administración de justicia y no admite que un funcionario que tenga intereses particulares pueda tomarse la administración de justicia por su propia mano. (fls. 4 a 8 cd. ppal.)

1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación.

Considera el demandante que con los actos expedidos por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta, se violaron las siguientes normas: los artículos 2, 4, 6, 29, 113 y 228 de la Constitución Política; 1602, 1603 del Código Civil; 515 a 524 del Código de Comercio; 15 de la Ley 57 de 1905 y 13 de su Decreto Reglamentario 992 de 1930.

En el concepto de violación sostuvo que el contrato de arrendamiento no es solemne sino consensual, ni tiene el carácter de un contrato administrativo, en cuanto que su naturaleza es de derecho privado de la administración, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero aún admitiendo que se tratare de un contrato administrativo, el cual, a su juicio, se celebró sin las formalidades legales exigidas para este tipo de contratos por causas imputables a la Administración, el arrendatario no tiene por qué asumir las consecuencias de la conducta del ente estatal que pretende desconocer el convenio celebrado y las obligaciones contraídas.

Así mismo, afirmó que el contrato de arrendamiento existe, no solo por estar contenido en documento idóneo suscrito por las partes, sino porque la entidad contratante aceptó y cobró los cánones de arrendamiento, con lo cual se hace evidente su manifestación de voluntad y consentimiento de contratar.

Manifestó su discrepancia con el contenido de la Resolución No. 905 de 1992, porque en dicho acto administrativo se sostuvo que en los archivos de la entidad municipal no existía copia del contrato de arrendamiento y en consecuencia, se le endilgó al arrendatario, que diligentemente guardó en sus archivos los documentos que comprueban la celebración del contrato, la comisión de un delito, actitud que tilda de reprochable puesto que se constituye en fundamento para que la Administración aduzca que el contrato no existe y acuse al arrendatario de *“invasor, ocupante de hecho y presunto delincuente”*.

Reiteró que el contrato de arrendamiento existe, puesto que la Administración, por lapso de 27 años, ha permitido al arrendatario la tenencia pacífica e ininterrumpida del inmueble, circunstancia que desvirtúa la afirmación de que el demandante es un invasor u ocupante de hecho.

Concreta las pretensiones de la demanda en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos por el Distrito de Santa Marta, los cuales señala que se dictaron por la Autoridad Distrital, invocando poderes exorbitantes que no reconoció tener durante 27 años de ejecución del contrato. (fls. 9 a 16, cd. ppal).

1.4. Actuación Procesal.

Mediante auto de 12 de julio de 2002, el Tribunal admitió la demanda, ordenó las notificaciones personales al Alcalde del Distrito de Santa Marta y al Agente del Ministerio Público; igualmente, dispuso la fijación en lista por el término de 10 días (fls. 108 cd. ppal.).

1.5. Contestación de la demanda.

El Distrito de Santa Marta, por intermedio de apoderado y dentro del término previsto por la ley para el efecto, contestó la demanda; en su escrito solicitó que se despacharan desfavorablemente las pretensiones formuladas.

Su oposición a los hechos y pretensiones de la demanda se resumen en los siguientes términos:

- a) El contrato de arrendamiento se pactó de común acuerdo entre las partes en un plazo de dos años, con una sola prórroga de igual término (4 años en total), sin que pudiera ser prorrogado automáticamente como lo sostiene el demandante, así la ley hubiera prescrito que el plazo máximo de los contratos de arrendamiento podía extenderse a 5 años.**
- b) El arrendatario no tenía derecho a seguir ocupando el inmueble, puesto que su situación contravenía expresamente el texto del artículo 157 del Decreto 222 de 1983 y las normas pertinentes del Código Fiscal del Distrito de Santa Marta, referidas en la Resolución No. 905 de 22 de octubre de 1992.**
- c) Las normas del Código de Comercio no resultaban aplicables al contrato de arrendamiento celebrado, puesto que, de conformidad con el artículo 156 del Decreto 222 de 1983, los contratos de arrendamiento celebrados por entidades públicas no constituían actos de comercio.**
- d) Los actos acusados fueron expedidos por el alcalde del Distrito, quien es la autoridad competente, con total sometimiento a las normas superiores vigentes y con la única finalidad del interés público y el bienestar de los asociados, actos administrativos que gozan de presunción de legalidad.**
- e) El contrato de arrendamiento celebrado el 1º de agosto de 1986, entre el Distrito de Santa Marta y el demandante, es válido, pero en él se pactó como**

término de duración dos años, plazo que inició el 1º de agosto de 1986 y venció el 1º de agosto de 1988, pero como se estipuló una prórroga de dos años, es claro que el mismo venció el 1º de agosto de 1990, momento en el cual se extinguió el contrato y surgió la obligación del arrendatario de restituir el inmueble a la entidad arrendadora, de conformidad con lo prescrito en el artículo 386 del Estatuto Fiscal Distrital, vigente para la época.

- f) El arrendatario no entregó el inmueble al vencimiento del plazo contractual y como no era posible legalmente una nueva prórroga, la Administración tenía el derecho de recuperar el bien inmueble directamente, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, en virtud de las potestades de que está investida para hacer prevalecer el interés público o general, sobre el particular. (fls 115 a 119, cd. ppal.).**

1.6. Audiencia de conciliación.

En comunicación radicada el 18 de enero de 1995, el apoderado de la parte demandante solicitó audiencia de conciliación (fl. 117, cd. ppal.), la cual fue denegada mediante auto de 31 de enero de 1995 con el argumento de que aunque la Ley 23 de 1991 había establecido la conciliación para los procesos sobre acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, el Decreto 2651 de 1991, suspendió temporalmente la posibilidad de poner fin a la contienda en dichos procesos mediante la conciliación, pero aún en el evento de que ésta fuera posible, la oportunidad para intentar la conciliación se encontraría precluida, por haberse superado la etapa probatoria y encontrarse el proceso en etapa de alegaciones. (fls. 178 a 179, cd. ppal).

1.7. La sentencia apelada.

Es la dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 10 de septiembre de 1998, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Los argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal para tomar esta decisión se concretan de la siguiente manera:

El A quo sostuvo que aunque la acción incoada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, bien podría haberse presentado como acción contractual, teniendo en cuenta que el demandante alegó la existencia de un contrato de arrendamiento; pero que aún en el evento de que el Distrito de Santa Marta hubiera expedido los actos acusados, sin tomar en cuenta dicho contrato, la acción sería la misma; en todo caso, señaló, que resolvería sobre la acción propuesta por el demandante, dada la prevalencia del derecho sustancial y la garantía de acceso a la Administración de Justicia, consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política.

Agregó que la prueba recaudada en el expediente permitía establecer la existencia del contrato de arrendamiento, el cual se rigió por las disposiciones contenidas en el Decreto 222 de 1983, normatividad que en su artículo 1º dispuso que los aspectos relacionados con el tipo de contratos, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como los principios desarrollados por el Título IV, se aplicarían también a los Departamentos y Municipios, pero que, de presentarse vacíos, por inexistencia de normas territoriales, debía aplicarse en su integridad el Decreto 222 de 1983, en lo no contemplado por las normas municipales o departamentales.

Afirmó que el Código Fiscal del Distrito de Santa Marta, contenido en el Decreto No. 213 de 13 de marzo de 1991, expedido por el Alcalde del Distrito en virtud de las facultades otorgadas por el Concejo Distrital, reguló en sus artículos 379 a 389 lo relativo al contrato de arrendamiento, únicas disposiciones vigentes a la fecha en que se celebró el último contrato, esto es, el 1º de agosto de 1986; que como en el artículo 381 del citado Código se estableció que el término máximo de duración del contrato es el doble del pactado, el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes expiró a partir del 1º de agosto de 1990, así el arrendatario hubiera continuado cancelando los cánones de arrendamiento.

Que en tales condiciones, o sea, sin relación contractual, el Distrito de Santa Marta podía ordenar la desocupación del inmueble con fundamento en las normas del Decreto 222 de 1983 y en el Estatuto Fiscal ya referido, como en efecto ocurrió con la expedición de los actos acusados. (fls. 187 a 196, cd. ppal).

1.8. El Recurso de Apelación.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló en escrito presentado el 24 de marzo de 1999, con el fin de obtener su revocatoria para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

En el escrito de impugnación, el demandante señaló que tanto la Administración Distrital como el Tribunal de instancia, al declarar legales sus actuaciones, violaron las normas indicadas en la demanda; seguidamente reiteró los argumentos expuestos en el acápite de disposiciones violadas y el concepto de violación del libelo demandatorio.

Afirmó que en la sentencia recurrida no se decidió sobre la pretensión referida al reconocimiento de los perjuicios morales subjetivos ocasionados al demandante con la expedición de los actos administrativos acusados, situación que consideró violatoria de los "*derechos procedimentales*".

Así mismo, sostuvo que el Tribunal, con su decisión, coadyuvó las vías de hecho adelantadas por la Administración Distrital para violar de manera flagrante los derechos adquiridos del demandante.

Finalmente, solicitó la práctica de la prueba pericial que no fue decretada por el Tribunal, con el fin de que se calcularan los perjuicios materiales sufridos por el demandante con la expedición de los actos administrativos dictados por el Distrito y se determinara el monto de la condena por concepto de perjuicios materiales. (fls. 207 a 212, cd. ppal.).

1.9. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Vencido el término del traslado, las partes guardaron silencio.

1. 10. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado se pronunció, en concepto radicado el 26 de agosto de 1999, mediante el cual solicitó la revocatoria del fallo impugnado, para que en su lugar se declarara tanto la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado en 1986, como la del acto acusado y se denegaran las demás pretensiones de la demanda.

Consideró el Ministerio Público que el contrato de arrendamiento, sobre el cual versa la litis, requería para su perfeccionamiento de la aprobación de la garantía de cumplimiento por parte del Municipio de Santa Marta y aunque tal hecho no se encuentra acreditado en el proceso, en manera alguna puede desvirtuarse que el bien le fue entregado al demandante y este le pagó unos cánones mensuales durante los años 1986 a 1988, a título de arrendamiento del local, según los recibos de caja allegados al proceso, amén de que la Administración no tachó de falsedad la copia del contrato celebrado en 1986, razón por la cual admitió la existencia del contrato, aunque irregular.

Agregó que el citado contrato se encontraba viciado de nulidad absoluta por haberse celebrado contra expresa prohibición legal, toda vez que cuando se suscribió, la relación comercial ya había superado el límite legal de los 5 años que establecía el artículo 78 del Decreto 222 de 1983 para los contratos de arrendamiento sobre inmuebles, lo cual impedía su celebración.

En cuanto a los actos acusados manifestó que le asistía razón al demandante respecto de la falta de competencia del Alcalde del Distrito de Santa Marta para expedirlos, puesto que las divergencias que se suscitaran con ocasión del contrato de arrendamiento eran de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, por tratarse de un contrato de derecho privado sin cláusula de caducidad, con la finalidad de obtener la restitución del inmueble por vencimiento del plazo pactado, o aún sin existir contrato, con fundamento en lo prescrito por los artículos 424 y

426 del C. de P.C., pero que la Administración Distrital no podía asumir facultades que no le había otorgado la ley y al hacerlo, el acto administrativo expedido estaría viciado de nulidad.

Finalmente señaló que no hay lugar a restablecimiento del derecho ni a condena alguna, por cuanto el actor no demostró la existencia del derecho vulnerado ni los perjuicios que alega. (fls. 223 a 231, cd ppal).

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia sometida a conocimiento de la Sala, mediante el recurso de alzada, versa sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta mediante los cuales se ordenó la desocupación de un local de su propiedad, cuya tenencia había sido otorgada a un particular a través de la celebración de un contrato de arrendamiento que se encontraba vencido.

Para una mejor comprensión del asunto, el análisis se hará siguiendo el siguiente orden: 1) La acción incoada por el demandante y la competencia de la Sala para conocer del asunto; 2) Competencia del Alcalde Distrital para ordenar la desocupación del inmueble entregado inicialmente en arrendamiento; 3) El juicio de lanzamiento ordenado por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta; 4) La pretensión de nulidad de la diligencia de lanzamiento adelantada por la Inspección de Policía del Distrito de Santa Marta; 5) El pago de perjuicios materiales y morales; 6) La restitución del inmueble al arrendatario.

2.1 La acción incoada por el demandante y la competencia de la Sala para conocer del asunto.

El demandante manifestó que la acción incoada era la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989, norma vigente para la época en la cual se expidieron los actos acusados.

Del contenido de las pretensiones formuladas en la demanda se infiere, que el demandante acusó dos actos administrativos expedidos por la Administración Distrital; el primero, mediante el cual se ordenó la desocupación de un local dentro del plazo de 10 días calendario advirtiéndole que en el evento de que no se cumpliera

con esta orden, dentro del término señalado, se efectuaría el lanzamiento por ocupación de hecho; el segundo, que confirmó la decisión inicial al resolverse el recurso de reposición interpuesto por el afectado. El demandante también enjuició el acta de la diligencia de lanzamiento de 19 de febrero de 1993, cumplida al ejecutar lo ordenado por los actos administrativos acusados.

Los actos administrativos impugnados fueron expedidos por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta con el fin de obtener la desocupación de un bien inmueble, que años antes había entregado al demandante, mediante la celebración de sucesivos contratos de arrendamiento que fueron allegados al expediente en fotocopia autenticada (fls. 75 a 78, cd. ppal); el último de ellos suscrito el 1º de agosto de 1986, cuyo plazo realmente expiró el 1º de agosto de 1990, pero una vez vencido éste, el arrendatario no restituyó el inmueble entregado en arrendamiento.

En la sentencia apelada, el A Quo afirmó que la acción incoada era la contractual en los términos que se indican a continuación: *"Si bien se presentó como de nulidad y de restablecimiento del derecho [se refiere a la acción], bien podría haberse presentado como acción contractual la instaurada en este asunto, habida cuenta de la existencia de un contrato de arrendamiento que alega el demandante"*.

La Ley 19 de 1982, en su artículo 1¹ determinó cuáles eran los contratos que tenían el carácter de administrativos; a su vez, el artículo 4º dispuso que serían de *"... conocimiento de la justicia contencioso administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los cuales se haya pactado cláusula de caducidad; de la ordinaria los demás"*. El artículo 5², consagró la autonomía de los departamentos y municipios para regular lo pertinente a la formación y adjudicación de los contratos pero determinó como de reserva legal aspectos referidos a la clasificación o definición de los contratos.

En virtud de las facultades otorgadas por la citada Ley, el ejecutivo expidió el Decreto-ley 222 de 1983, en cuyo artículo 1º, dispuso que, *"Las normas que en*

¹ El Artículo 1º de la Ley 19 de 1982 disponía: *"Son contratos administrativos, además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente ley, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de concesión de servicios públicos, los de explotación de bienes del Estado, y los de suministro."*

² El artículo 5º de la Ley 19 de 1982 prescribía: *En desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas **sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación** están reservadas a la ley; así como las inhabilidades e incompatibilidades."*

*este estatuto se refieran a tipos de contratos, **su clasificación**, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, **se aplicarán también a los Departamentos y Municipios.***”, es decir, que los contratos que celebraran los Departamentos y Municipios, en cuanto atañe a su **clasificación**, se regirían por estas disposiciones legales y no por los códigos fiscales.

En el artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983, se enlistaron los contratos administrativos y se señaló que, aquellos que no estuvieran relacionados en esta lista *“son contratos de derecho privado de la administración (...), a menos que ley especial disponga en sentido contrario”*.

La clasificación legal establecida por el citado Estatuto contractual permitía determinar que las controversias suscitadas en los contratos que la ley clasificaba como administrativos correspondían a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que aquellas surgidas en contratos que no se encontraban incluidos en el listado previsto en la referida ley, por ser contratos de derecho privado de la Administración, serían de conocimiento de la justicia ordinaria, según las voces del artículo 17 del mismo Decreto-ley 222 de 1983³, a menos que incluyera cláusula de caducidad

Consecuente con la anterior regulación, el Código de Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986, expedido posteriormente, dispuso, en su artículo 273 lo siguiente: *“los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tienen que ver con su **clasificación, definición** (...)*. Cuando esta norma se refiere a la ley, debe entenderse que está haciendo una remisión a la Ley contractual, la cual, para la época de expedición del citado código, no era otra diferente del Decreto-ley 222 de 1983.

Como corolario de lo anterior se tiene que, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encontraba habilitada para conocer tanto de las controversias que se suscitaran en relación con los contratos administrativos enlistados en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, como de aquellas que se presentaran en los contratos

³ Artículo 17 del Decreto 222 de 1983 *“La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son de conocimientos de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado serán de conocimiento de la justicia ordinaria”*

denominados de derecho privado de la Administración, siempre y cuando en ellos se hubiere pactado cláusula de caducidad.

Como quiera que la acción procedente, en el asunto sometido a estudio, es la contractual, toda vez que los actos acusados provienen de la celebración de un contrato, y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, se llegaría a la conclusión de que como el contrato de arrendamiento celebrado bajo el régimen del Decreto-ley 222 de 1983, tal como lo admite la entidad pública demandada, corresponde a la categoría de los de derecho privado de la Administración y en él no se incluyó cláusula de caducidad, el conocimiento de la controversia suscitada habría correspondido a la justicia ordinaria, circunstancia que obligaría a ordenar su remisión a dicha jurisdicción, lo cual no resulta razonable, dado que tal circunstancia debió ser detectada en la admisión de la demanda.

En cualquier caso se tiene que en la actualidad el artículo 82 del C.C.A.⁴, con la última modificación introducida por la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006⁵, señaló un nuevo marco general de actuación a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, norma que a la letra dice:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley."

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno."

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente en la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional"

⁴ El artículo 82 del C.C.A. ha tenido sucesivas modificaciones, entre ellas las introducidas por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, el artículo 30 de la Ley 446 de 1989 y recientemente por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

⁵ La Ley 1107 de 2006, fue publicada en el Diario Oficial No.CXLII.N.46494 de 27 de diciembre de 2006, Pág. 130.

Se observa que la norma transcrita, adoptando un criterio subjetivo u orgánico, en virtud del cual atribuyó competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de **toda clase de litigio** originado en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, con lo cual puso fin a la distinción que hacía el anterior artículo 82 del C.C.A., referida exclusivamente a los **litigios administrativos**, de manera que con la última reforma mencionada se abrió paso para que todo tipo de litigio generado por las actuaciones adelantadas o cumplidas por una entidad pública, deba someterse al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La norma referida es de naturaleza procesal y por lo tanto de derecho público, de orden público y de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Estatuto Procesal Civil⁶ y, de aplicación inmediata, según lo prescrito por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁷.

Si esto es así, no cabe la menor duda que la Sala es competente para conocer del asunto materia de controversia, independientemente de que la acción incoada haya sido la de nulidad y restablecimiento del derecho o la contractual, puesto que lo que aquí verdaderamente toma importancia, de conformidad con los mandatos del artículo 82 del C.C.A., es que los actos que se acusan fueron expedidos por una entidad pública.

En virtud de lo consagrado por el artículo 286 de la Constitución Política, los distritos, al igual que los departamentos, municipios y los territorios indígenas son entidades territoriales. Por su parte, el artículo 328 constitucional dispuso que el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta conservaría su régimen y carácter.

De conformidad con las normas constitucionales precitadas, el Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta es una entidad pública del orden territorial, en

⁶ El artículo 6º del C. de P.C. dispone: "Artículo 6. *Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas*"

⁷ El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe lo siguiente:

"Artículo 40.- *Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*"

consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el nuevo texto del artículo 82 del C.C.A., las controversias y litigios que se originen en la actividad -contractual o de otra naturaleza- adelantada por dicha entidad, deben someterse al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Bajo los planteamientos anteriormente expuestos, fuerza concluir, que esta Sala es competente para conocer del asunto sometido a su consideración, en cuanto que, por regla general, toda controversia originada en la actividad de las entidades públicas deberá ser dirimida por la Justicia Contencioso Administrativa.

2.2. La competencia del Alcalde Distrital para ordenar la desocupación del inmueble entregado en arrendamiento.

La Alcaldía del Distrito de Santa Marta expidió la Resolución No. 905 de 22 de octubre de 1992 mediante la cual ordenó la desocupación del inmueble de su propiedad, acto administrativo que fue recurrido por el interesado y confirmado mediante Resolución No. 035 de 25 de enero de 1993.

Antes que todo resulta de fundamental importancia determinar si la tenencia que detentaba el señor Chahin Nohora, sobre el inmueble de propiedad del Distrito de Santa Marta, tenía origen en una ocupación de hecho, tal y como lo señalan los actos acusados o si, por el contrario, dicha tenencia tenía sustento en un contrato de arrendamiento, así el contrato hubiere expirado por vencimiento del plazo.

Al expediente se allegaron los siguientes documentos:

- i) Fotocopia autenticada del contrato de 11 de mayo de 1971 celebrado entre el Personero del Municipio de Santa Marta y el demandante (fls. 76 a 77, cd. ppal);
- ii) Fotocopia autenticada del contrato de 1º de diciembre de 1973 celebrado entre el Personero Municipal de Santa Marta y el demandante (fls. 78 y 78 vto. cd. ppal);
- iii) Fotocopia autenticada del contrato de 1º de agosto de 1986, celebrado entre el Alcalde del Distrito de Santa Marta y el demandante (fls. 75 y 75 vto, cd. ppal);

- iv) Originales de los "Recibos de Caja" expedidos por la Tesorería del Municipio de Santa Marta, correspondientes a los pagos efectuados por el señor Roberto Chaín Nohora, por concepto de arrendamiento, desde el 1º de agosto de 1986 hasta el mes de julio de 1988 (fls. 23 a 50, cd. ppal);
- v) Copias al carbón de las consignaciones efectuadas en el Banco Popular por el señor Chahin Nohora, correspondientes a los meses de diciembre de 1992 y enero de 1993 (fls. 51 a 56, cd. ppal).

Los documentos antes referidos evidencian que desde años antes, el Distrito de Santa Martha y el señor Chaín Nohora estaban vinculados mediante contrato de arrendamiento cuyo objeto consistía en el alquiler de un local ubicado en el Municipio de Santa Marta, en la carrera 5ª No. 15-11, de propiedad de la Entidad Distrital. Tiene singular importancia para el asunto que aquí se examina, el último contrato que fue celebrado el 1º de agosto de 1986.

El plazo del citado contrato fue pactado por dos años comprendidos entre el 1º de agosto de 1986 y el 1º de agosto de 1988, en virtud de lo previsto en el artículo 98 del Estatuto Fiscal del Distrito de Santa Marta, Acuerdo No. 49 de 1980; adicionalmente se convino una prórroga expresa de dos años más, es decir, que el contrato terminó el 1º de agosto de 1990. (fl. 26 y 26 vto, cd. ppal). Igualmente se encuentra demostrado que el arrendatario pagó los cánones de arrendamiento, primero mediante consignaciones efectuadas en la Tesorería del Distrito y luego mediante consignaciones que se hicieron en el Banco Popular.

En la contestación de la demanda el Distrito de Santa Marta admitió que el contrato existió pero que *"cualquier relación contractual entre la Alcaldía y el demandante no podía producir efectos jurídicos pues se encontraba vencido por expiración del plazo o término pactado"*; más adelante señaló que si se aceptara *"como válido el contrato de arrendamiento suscrito el 1º de agosto de 1986, entre el señor Alcalde Mayor de Santa Marta, doctor ELIAS GEORGE GONZALEZ, y el señor Roberto Chahin Nohora, vemos como en él se pactó un término de duración de dos (2) años, contados a partir de 1º de Agosto/86 hasta el 1º de Agosto de 1988. Al final del contrato se coloca una cláusula de prórroga automática por dos (2) años más, o sea, que en últimas el contrato venció el primero de agosto de 1990."* (fls. 117, cd, ppal).

De la prueba relacionada y de las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, por parte de la Administración Distrital, debe concluirse la existencia del contrato de arrendamiento entre el señor Chaín Nohora y el Distrito de Santa Marta, el cual terminó el 1º de agosto de 1990, por vencimiento de su plazo.

La legislación civil también aplicable a los contratos celebrados por las entidades del Estado, dispone en el artículo 2008 que, el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento⁸ como ocurre en general con todo contrato.

No obstante haberse producido la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, celebrado entre las partes de la controversia, el arrendatario continuó ejerciendo la tenencia del bien, sin que se hubiere probado en el proceso que la Administración Distrital hubiera satisfecho el requisito previsto en el artículo 1608 del Código Civil, consistente en efectuar el requerimiento al arrendatario, para que quedara constituido en mora.

La legislación civil, en su artículo 2005⁹ establece la obligación del arrendatario de restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato de arrendamiento, toda vez que la entrega de los bienes en este tipo de contrato se hace a título de mera tenencia.

De conformidad con las normas antes citadas, al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo; es decir, que aunque estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente, su cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la

⁸ *“Artículo 2008.- El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente:“(.)”*

2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo;”.

(Resaltado no es del original)

⁹ *“Artículo 2005. El arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento.”*

terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas.

Se trata de aquellas obligaciones que tienen origen en el contrato pero que están llamadas a ser cumplidas con posterioridad a su vigencia o extinción; es el caso de la obligación que asume el vendedor, en el sentido de responder por el saneamiento o por vicios ocultos de la cosa vendida o aquella que contrae el constructor consistente en responder por la estabilidad de la edificación que ha sido levantada y entregada al propietario etc.

En este caso, al celebrar el contrato, el arrendatario asume la obligación de restituir el bien arrendado al finalizar el contrato (art. 2005 C.C)

En consonancia con lo dicho, en el contrato celebrado entre el Distrito de Santa Marta y el demandante, el 1º de agosto de 1986, las partes pactaron, entre otras, la cláusula octava, en la cual se lee lo siguiente: “*Restitución. El arrendatario restituirá el inmueble al arrendador a la terminación del contrato en el mismo estado en que lo recibe, salvo el deterioro natural*” (resaltado no es del texto) (fl. 75 vto. cd. ppal).

Bajo estas directrices debe concluirse lo siguiente:

a) El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo).

b) El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se de el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él¹⁰, tal como ya quedó indicado.

En el caso sometido a estudio, cabe cuestionar qué sucede cuando el arrendatario se niega a cumplir con la obligación de desocupar y restituir el bien entregado, a título de arrendamiento, al vencimiento del contrato celebrado con la Administración? Se encuentra legalmente facultada la entidad pública arrendadora para ordenar la desocupación y restitución del inmueble, mediante acto administrativo? La respuesta debe ser negativa por las razones que a continuación se exponen:

El proceso de restitución de inmueble arrendado no fue regulado en el Código Contencioso Administrativo, razón por la cual y en virtud de lo prescrito en su artículo 267, deberá seguirse el procedimiento previsto en las normas del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, el artículo 408 ibídem, establece que la restitución del inmueble arrendado se tramitará y decidirá mediante el procedimiento abreviado que se encuentra previsto en los artículos 409 a 414 ibídem; luego, es este el trámite que debe adelantarse para aquellos casos en los cuales el arrendatario se niegue al cumplimiento de la obligación de restitución del bien, al término del contrato.

El principio de legalidad, básico en el Estado de derecho, impone no solo a la Administración sino a todas las instituciones del Estado el deber y la limitación de ceñir sus actuaciones al ordenamiento jurídico, puesto que es la ley la que le otorga las potestades y define los límites dentro de los cuales pueden actuar las autoridades; en otras palabras, para que las autoridades puedan actuar legítimamente se requiere de una atribución legal previa.

¹⁰ El contrato es fuente de obligaciones reza el artículo 1494 del C.C. “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.*”

Al respecto resulta pertinente traer a colación la explicación expuesta por García de Enterría¹¹, para quien *“el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima (...) el derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse”*.

El principio de legalidad encuentra respaldo en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política en virtud de los cuales *“...los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones”*; así mismo *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”* y finalmente, *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”*

Por su parte, el artículo 113 constitucional consagra la existencia de tres ramas del poder público a las cuales se han asignado funciones separadas, pero que colaboran armónicamente para el cumplimiento de los cometidos estatales.

De conformidad con los preceptos constitucionales, resulta incuestionable que las potestades de que están investidas las autoridades emanan de la Constitución Política y de la ley, normatividad que define y distribuye de manera clara y precisa las facultades entre las distintas ramas del poder público, al igual que determina las funciones que deben cumplir los servidores que hacen parte de cada una de ellas; de tal suerte que resulta imposible que estas sean transferidas por su titular, salvo cuando la misma ley autoriza su delegación; tampoco es admisible que una autoridad se atribuya competencias asignadas legalmente a otra rama del poder público, toda vez que las actuaciones adelantadas en tales condiciones resultarían violatorias de las normas constitucionales y legales y, por consiguiente, estarían afectadas de nulidad.

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso De Derecho Administrativo I, duodécima edición, Civitas Ediciones, Madrid- 2004, pág 448.

Examinados los actos administrativos que fueron acusados por el demandante, se observa que mediante ellos la Administración Distrital ordenó la desocupación de un inmueble que había sido entregado a título de arrendamiento al señor Roberto Chahin Nohora, con el fin de obtener la restitución del bien, toda vez que el arrendatario continuó con su tenencia después de vencido el contrato.

De lo anterior se evidencia que, contrariamente a lo afirmado en la parte motiva de los actos administrativos acusados, la permanencia del arrendatario en el inmueble de propiedad de la entidad territorial no tuvo origen en una ocupación de hecho, sino en un contrato de arrendamiento válidamente celebrado, situación que fue corroborada por la propia entidad pública en la contestación de la demanda, en la cual admitió que existió un contrato entre el demandante y el Distrito de Santa Marta, pero que el mismo había vencido con ocasión o por causa de la expiración de su plazo extintivo, a la vez que consideró que el procedimiento que había adelantado tenía respaldo tanto en la potestad de que goza la administración Distrital sobre el contratista particular, como en razones de interés público. A continuación se transcriben apartes de esta afirmación:

*"Como el administrado no entregó oportunamente el inmueble, una vez vencido su término de duración y no habiendo posibilidad de mas prórrogas por expresa prohibición de la ley, **surgió el derecho para la Administración Distrital de recuperarlo directamente, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, debido a la supremacía que tiene sobre los que celebran contratos con ella y a la necesidad de hacer prevalecer el interés público o general sobre el particular**"*

Como quiera que es evidente que la permanencia del demandante en el inmueble de propiedad del Distrito de Santa Marta tuvo origen en el contrato de arrendamiento celebrado el 1º de agosto de 1986, al término del cual el arrendatario no cumplió con la obligación de restitución del inmueble, es claro que el procedimiento que debía adelantar la Administración para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación correspondía al previsto en el artículo 408 y ss. del C. de P. C., el cual debe tramitarse ante la autoridad judicial y se inicia con la presentación de la demanda, según lo prescrito por el artículo 409 ibídem.

En este orden de ideas, es claro que la Administración Distrital, afectada por el incumplimiento del arrendatario respecto de su obligación de restitución del bien al

finalizar el contrato, no estaba facultada para resolver la controversia suscitada mediante acto administrativo y, con esta decisión, hacer efectiva la desocupación y restitución del bien, toda vez que la ley ha asignado esta facultad al juez del contrato, en ejercicio del control jurisdiccional, sin que le sea dado a la Administración sustituir al juez, puesto que a ella tan solo le compete el control gubernativo, de conformidad con la distribución de los poderes impuesta por la ley.

Sobre el particular, la doctrina nacional autorizada¹² ha precisado:

"Producido el "caso contencioso administrativo", como lo dice el profesor Argañarás¹³, debe el mismo ser sometido al juzgamiento de un tribunal. No es ya admisible que el poder público pueda gozar de la prerrogativa de escapar al régimen de las leyes que gobiernan la comunidad política a que pertenece; por lo que, si en ejercicio de su actividad administrativa falta a la observancia de las leyes y afecta un derecho subjetivo del administrado o desconoce el ordenamiento jurídico general, debe haber un tribunal que dirima el conflicto y ordene el restablecimiento e imponga el respeto al ordenamiento infringido. No podrá ser la misma administración- dice el profesor argentino citado- pues la pretensión del particular no es una gracia que se impetra, sino un derecho que se exige o un amparo que la ley le acuerda; no siendo por ello, concebible que pueda ser el juez de la contienda quien ha sido parte activa al provocarla."

En consecuencia, la Administración Distrital ahora demandada no podía, "*motu proprio*", ordenar la restitución del bien entregado en arrendamiento; tan consciente era de ello que, de manera expresa, advirtió la situación y así la dejó plasmada en el primero de los actos acusados, la Resolución No. 905 de 22 de octubre de 1992, al admitir que "*De existir contrato de arrendamiento el procedimiento para desocupar el inmueble es el establecido en el C. de P. C. en el artículo 408 y ss.*" (fl. 126, cd. ppal.); sin embargo, hizo caso omiso de estas normas y expidió los actos que fueron impugnados, **los cuales se encuentran viciados de nulidad.**

El vicio de nulidad deviene de la ausencia de uno de los de los elementos esenciales para la validez del acto administrativo, como lo es la competencia del órgano que lo expide; es decir, que el acto administrativo será válido cuando el órgano que lo expide actúa dentro del marco de la competencia¹⁴ asignada por la ley; pero sucede

¹² BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Librería Señal Editora, sexta edición, Medellín, pág. 137.

¹³ ARGANARÁS, Manuel, Tratado de lo Contencioso Administrativo, Tea, Buenos Aires, 1955, pág. 22.

¹⁴ La competencia puede ser de tres clases, a saber: territorial, funcional o temporal.

que cuando las autoridades ejercen competencias que no tienen o invaden la órbita de competencia que de manera expresa se encuentra atribuida a otras autoridades o ramas del poder público, el acto administrativo expedido en tales condiciones, se encuentra viciado de nulidad por incompetencia funcional.¹⁵

Se encuentra establecido, entonces, que las Resoluciones números 905 de 22 de octubre de 1992 y 035 de 25 de enero de 1993, mediante las cuales se ordenó la desocupación del local comercial, ubicado en la carrera 5ª No. 15-11 de la ciudad de Santa Marta, que había sido entregado a título de arrendamiento, fueron expedidas por el Alcalde del Distrito de Santa Marta sin que tuviese competencia para ello, razón por la cual se encuentran viciados de nulidad, la cual será declarada.

2.3. El juicio de lanzamiento ordenado por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta.

Es evidente que la Administración Distrital adelantó un juicio de lanzamiento, con el fin de obtener la restitución del bien inmueble de su propiedad. Al respecto es pertinente destacar, de una parte, que dicho inmueble no había sido objeto de una ocupación de hecho sino que su entrega al particular tenía origen en un contrato de arrendamiento como quedó demostrado anteriormente y, de otra, que en el juicio referido, la Alcaldía distrital para obtener la restitución del bien actuó como parte, por ser la propietaria del inmueble, a la vez que, dirimió el conflicto suscitado entre ella y un particular, ni más ni menos que actuó como juez y parte.

Las autoridades policivas por regla general ejercen funciones propiamente administrativas, inherentes al **poder de policía**¹⁶ del cual se encuentran investidas, dentro de los precisos límites legales, actos que están sujetos al control jurisdiccional como cualquier acto administrativo. Así mismo y excepcionalmente actúan en función

¹⁵ “Se caracteriza esta incompetencia en razón a que se concreta sobre la materia u objeto específico del acto. Esto es sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración” (Santofimio, Jaime Orlando, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 293).

¹⁶ La Corte Suprema de Justicia definió **el poder de policía** como la competencia jurídica asignada, la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos, de expedir normas generales impersonales y preexistentes, normadoras del comportamiento ciudadano que tienen que ver con el orden público y la libertad; y que **la Función de Policía** es la gestión administrativa concreta del poder de policía ejercida dentro de los marcos jurídicos impuestos por éste. Sentencia del 21 de abril de 1982, Exp. No. 893, M.P. Manuel Gaona Cruz.

jurisdiccional¹⁷, cuando dirimen los procesos civiles de policía dirigidos a amparar la posesión, la tenencia o la servidumbre, eventos en los cuales, sus actos, por ser de carácter judicial, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Son estas las razones por las cuales el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 82,¹⁸ ha previsto que los actos expedidos en los juicios civiles de policía, entre otros, no son objeto de control ante la justicia de lo Contencioso Administrativo.

La jurisprudencia de la Sección Tercera en distintos pronunciamientos ha determinado que los juicios civiles de policía y especialmente el amparo policivo posesorio¹⁹ tienen carácter judicial; igualmente ha diferenciado entre la función propiamente administrativa que cumplen las autoridades de policía y la función judicial ejercida por las mismas. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional²⁰; en sus diferentes fallos ha reiterado que los juicios civiles de policía, iniciados para protección del “*statu quo*”, constituyen manifestaciones del poder judicial del Estado.

Bajo este contexto es claro que cuando las autoridades policivas adelantan un juicio de lanzamiento, actúan en función jurisdiccional, como un verdadero juez, quien actúa imparcialmente frente a los intereses opuestos de las partes en conflicto.

¹⁷ El artículo 116 de la Constitución Política establece en su inciso tercero: “*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas; sin embargo no les está permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*”

Por su parte el artículo 13, numeral 2 de La ley 270 de 1996, también establece que la función jurisdiccional será ejercida, entre otros, por: “**Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal.**”

¹⁸ En las diferentes reformas de que ha sido objeto el Código Contencioso Administrativo, el legislador ha mantenido el mismo lineamiento; así se evidencia del contenido de artículo 73, inc. 2, de la Ley 147 de 1964; luego en el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, norma que fue modificada primeramente por el artículo 12 del Decreto-ley 2304 de 1989 y posteriormente por el artículo 30 de la Ley 446 de 1989.

¹⁹ Sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1990; Exp. 5.911; de 5 de mayo de 1995, Exp. 3130 y de 5 de septiembre de 1996, Exp. 3960 de 1996.

²⁰ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por la Corte Constitucional: T- 048 del 14 de febrero de 1995; T - 289 del 5 de julio de 1995; T-149 del 23 de abril de 1998; T- 127 del 1 de marzo de 1999 y T- 629 del 30 de agosto de 1999.

Pero cuando la controversia que se suscita por la ocupación de hecho se traba no entre dos particulares, como es lo usual, sino entre un particular y la propia entidad pública municipal y es esa misma Administración quien adelanta el juicio de lanzamiento para recuperar el bien de su propiedad, cabe preguntar si tal actuación es de carácter judicial y si, en consecuencia, escapa al control jurisdiccional?

La respuesta debe ser negativa, por cuanto en este evento, la Administración no actúa en ejercicio de competencias jurisdiccionales, sino como autoridad administrativa en ejercicio del poder de policía; en consecuencia, dichos actos están sometidos a control jurisdiccional, el cual se ejerce por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado en asunto similar, referido a la restitución de un bien de uso público, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

*“3º. Así las cosas, observa la sala que en el caso de autos no se trata de juicios policivos, **pues no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios.** En el evento de restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa no actúa como juez, entendiendo esta institución en su sentido lato, **es decir como aquella que dirime imparcialmente,** controversias entre dos partes que persiguen intereses opuestos.*

4º. Estando claro que en el presente evento no se trata de un juicio policivo, procede ahora definir a quién compete el conocimiento de los conflictos que por dichas actuaciones se originan entre un particular y el Estado. Estima la Sala que dicha competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues esta se halla precisamente instituida, entre otras cosas, para “juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (...)”²¹ (Negrilla por fuera del texto original)

En este orden de ideas los actos que expida la autoridad policiva con el fin de obtener la restitución de un bien de su propiedad, trátase de un bien de uso público o de un bien fiscal, el cual ha sido objeto de ocupación de hecho, pueden ser impugnados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²¹ Providencia citada por el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la obra Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, Señal Editora, Medellín, 2002, Pág. 119.

Cabe reiterar que, en el presente asunto, no se presentó ocupación de hecho en un bien del Distrito de Santa Marta, por parte de un particular, sino el incumplimiento de la obligación de restitución por parte de un arrendatario de la entidad distrital, tal como quedó establecido con el material probatorio allegado al expediente.

2.4. La pretensión de nulidad de la diligencia de lanzamiento adelantada por la Inspección de Policía del Distrito de Santa Marta.

Entre las pretensiones de la demanda que fueron reiteradas por el demandante, en el recurso de alzada, se encuentra la correspondiente a la declaratoria de nulidad de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, adelantada el 19 de enero de 1993, por la "Inspección de Policía Bastidas", en cumplimiento de lo ordenado por las Resoluciones números 905 de 22 de octubre de 1992 y 035 de 25 de enero de 1993, actos administrativos que fueron acusados; la diligencia contó con la presencia del Delegado de la Procuraduría Departamental del Magdalena.

Al expediente se allegó copia autenticada de la diligencia referida, la cual obra a folios 104 a 107 del cuaderno principal y corresponde a la constancia de la actuación adelantada por la autoridad policiva del Distrito de Santa Marta, la cual efectuó el desalojo del bien urbano que se encontraba en poder del demandante y cuya desocupación se había ordenado por los referidos actos.

La pretensión formulada resulta improcedente, ante la imposibilidad de declarar la nulidad de la actuación material consistente en ejecutar o cumplir la orden de desocupación del inmueble, impartida por el Alcalde del Distrito de Santa Marta.

Es evidente que la diligencia de desocupación de inmueble que fue adelantada por la autoridad policiva, la cual consta en documento de 19 de enero de 1993, constituye el cumplimiento o la materialización de una decisión de la Administración, situación fáctica que indudablemente no puede ser objeto de una declaración judicial de nulidad, como quiera que esa posibilidad requiere, de manera indispensable, tener por objeto una manifestación emanada de la voluntad.

Si bien el demandante impugnó, en este mismo proceso, la validez de los actos administrativos expedidos por la Alcaldía Distrital de Santa Marta para obtener la desocupación del bien arrendado y sobre ellos la Sala hará un pronunciamiento, no es menos cierto que resulta improcedente, además de inane, declarar la nulidad de la diligencia de lanzamiento, porque, como ya se indicó, dicha diligencia constituye

una situación fáctica, razón por la cual se denegará la pretensión formulada para obtener su anulación.

2.5. El reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

El demandante reclamó el pago de los perjuicios materiales que, según él, le fueron causados con la expedición y ejecución de los actos acusados, dictados por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta.

Igualmente solicitó el pago de perjuicios morales subjetivos que resulten probados como consecuencia del "*temerario endilgamiento de delincuente*" que la Administración Distrital le hizo con la expedición de los actos acusados.

En la demanda no se estableció en qué consistían los perjuicios materiales y morales y si bien es cierto que entre las pruebas solicitadas por el demandante se encuentra la práctica de un dictamen pericial con la participación de peritos contables, a fin de que dictaminaran sobre los perjuicios materiales que se había ocasionado con la expedición de los actos impugnados, en ningún momento fue remitido el cuestionario anunciado por el accionante para que fuere resuelto por la pericia, razón por la cual el a quo denegó la prueba en auto de 15 de noviembre de 1993 (fls. 138 a 139, cd. ppal.)

Como quiera que resulta evidente que el demandante no logró probar, durante el proceso, los perjuicios materiales y morales que le habrían sido causados con la expedición de los actos administrativos y su ejecución, la pretensión deberá ser denegada.

2.6. La restitución del inmueble al arrendatario.

Solicita el demandante que, como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, se le reintegre el inmueble del cual fue despojado por la Administración Distrital: pero qué sucede cuando dicho derecho no existe?

En el caso sub lite, es evidente que hubo un contrato de arrendamiento que venció el 1º de agosto de 1990, fecha desde la cual el arrendatario debió cumplir con la obligación de restituir el inmueble, al tenor de lo prescrito por el citado artículo 2005 del C.C.

Significa entonces que al haber vencido el plazo del contrato, desapareció para el arrendatario el derecho a conservar la tenencia del bien inmueble, puesto que era el contrato el que le amparaba este derecho.

De lo anterior se infiere que no es posible reclamar el restablecimiento de un derecho del cual no se es titular, mucho menos cuando en lugar de ese derecho lo que en realidad existía, para el accionante, era una obligación pendiente de cumplir.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación la sentencia del 15 de noviembre de 1990, Expediente 2339, providencia en la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó:

*"Más lógicamente, que ese restablecimiento está supeditado a que el **derecho subjetivo del interesado, exista, por que si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.***

*Esto último fue lo que observó el Tribunal en el caso particular del actor, y vio cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión (...). **Que la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de nulidad del acto y la de restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo debe acceder indubitablemente a esta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se quiere restablecer, no exista.**"* (Resaltado no es del texto)

Esta orientación jurisprudencial tiene aplicación al caso concreto en razón a que el demandante pretende que se le reconozca o restablezca un derecho que ya no podía estar en su patrimonio, puesto que si bien es cierto que los actos que fueron acusados se encuentran viciados de nulidad por haber sido expedidos por la Administración Distrital sin tener competencia para ello e invadiendo la órbita de competencia del juez, la consecuencia de la ilegalidad de dichos actos, no puede ser, en manera alguna, la restitución del inmueble, puesto que, como ya se dijo, el derecho pretendido por el demandante ya no existía, por el contrario, pesaba sobre él una obligación derivada del contrato de arrendamiento que terminó por vencimiento del plazo, como se ilustró ampliamente en el acápite 2.2.

Con estos lineamientos debe concluirse que la pretensión encaminada a obtener la restitución del bien inmueble arrendado no está llamada a prosperar y, por lo tanto, será denegada.

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 10 de septiembre de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 905 del 22 de octubre de 1992 y 035 del 25 de enero de 1993 expedidas por el Alcalde del Distrito de Santa Marta.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE y NOTIFIQUESE. CUMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RUTH ESTELLA CORREA PALACIO

Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

NULIDAD PROCESAL - Falta de jurisdicción. Efecto / FALTA DE JURISDICCION - Nulidad procesal. Efecto / FALTA DE JURISDICCION - Concepto / NULIDAD PROCESAL - Oportunidad

El Código Contencioso Administrativo, en materia de nulidades procesales remite a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil (art. 165). En dicho estatuto procesal civil se señala, de una parte, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables, hasta antes de dictar sentencia; y, de otra parte, que dentro de las causales de nulidad insaneables se encuentra que el asunto corresponda a otra jurisdicción (arts. 145 y 140 numeral 1º), entendida como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada a otra autoridad de diferente jurisdicción. Así mismo, la causal de nulidad debe ser invocada por el afectado, en cualquiera de las instancias antes que se dicte sentencia o durante la actuación posterior a ella si ocurrieron en la misma (arts. 142 y 143 del C. de P. Civil). Por consiguiente, valga precisar que demostrado un vicio como el endilgado por el recurrente en el proceso, lo procedente en esos eventos es la declaratoria de nulidad del proceso y su remisión a la jurisdicción competente.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Jurisdicción contenciosa administrativa / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO CELEBRADO POR LA ADMINISTRACION - Jurisdicción. Competencia

Cabe señalar que el Decreto ley 222 de 1983, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 19 de 1982, preservó la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la administración con y sin cláusula de caducidad administrativa, que había establecido el Decreto ley 150 de 1976, manteniendo el conocimiento de los dos primeros en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la Justicia Ordinaria la competencia en relación con las

controversias de los contratos de derecho privado de la administración que no tenían pactada la cláusula de caducidad. En efecto, se recuerda que en el artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983, se enlistaron los que se consideraban como contratos administrativos y se dispuso que, aquellos que no estuvieran relacionados en esta lista “son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario.” De acuerdo con esta clasificación, el artículo 17 ibídem dispuso que las controversias suscitadas en los contratos que la ley calificó como administrativos correspondían a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que aquellos conflictos relacionados con los contratos de derecho privado de la Administración que no incluyeran la cláusula de caducidad, eran competencia de la Justicia Ordinaria. En tal virtud, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el conocimiento de los conflictos generados por contratos celebrados por las entidades públicas, estaba informado por las siguientes reglas: a) Si el contrato era de aquellos que taxativamente se señalaba como administrativos en el artículo 16 de ese estatuto o en otra norma especial con esa categoría, entonces era la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer del proceso. b) Si el contrato no estaba consagrado en el listado del artículo 16, era considerado como de derecho privado de la administración, y la competencia para conocer los conflictos que de él se derivan correspondía a la Jurisdicción Ordinaria. c) Si el contrato era de aquellos considerados como de derecho privado e incluía la cláusula de caducidad, entonces se radicaba en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia para conocer de los conflictos que de él se derivaran. d) Si en relación con el contrato de derecho privado de la administración en el cual no se había incluido la cláusula de caducidad, se profería un acto administrativo, la competencia para el juzgamiento de tal acto, correspondía a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Nota de Relatoría: Ver Auto de 20 de noviembre de 1995, Exp. 11.310, C.P. Daniel Suárez Hernández.

JURISDICCION - Determinación / JURISDICCION - Norma procesal / CONTRATO ESTATAL - Tránsito legislativo. Jurisdicción / TRANSITO LEGISLATIVO - Contrato estatal. Jurisdicción

Como quiera que lo que determina la escogencia de jurisdicción no es la época en que hubieran tenido ocurrencia los hechos o la celebración del contrato, sino la oportunidad en que se presente la demanda y las normas vigentes para entonces, puesto que se trata de un asunto procedimental de aplicación o efecto inmediato a su vigencia (art. 40 de la Ley 153 de 1887), de orden público y de obligatorio cumplimiento (art. 6 C. de P. Civil), se observa que, no obstante que en este caso con posterioridad a la suscripción del contrato sub examen hubo cambio de legislación regulatoria en materia de contratación de la administración pública, la jurisdicción para el conocimiento de los conflictos generados en virtud del mismo no sufrió ninguna modificación o alteración. En efecto, luego del Decreto ley 222 de 1983, se expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en su artículo 32 unificó los contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 ibídem sin hacer distinción alguna, bajo la denominación de contratos estatales y el artículo 75 de aquel estatuto, en concordancia con el artículo 87 del C.C.A. -que establece la acción de controversias contractuales-, asignaron a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento sobre las controversias originadas de los mismos. Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75. Incluso, se advierte que, posteriormente, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan en los contratos celebrados por entidades estatales, está informada también por las normas procesales contenidas en los artículos 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, en conformidad con los cuales a esta Jurisdicción Contencioso Administrativa compete su juzgamiento por el solo hecho de ser una de sus partes una entidad estatal, entendiéndose por tal aquellas determinadas con esa categoría por la Ley 489 de 1998. Pero además, conviene precisar que la Ley 1107, promulgada el pasado 27 de diciembre de 2006, por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, ratifica la anterior conclusión. Nota de Relatoría: Ver Auto de 18 de febrero de 1994, Exp. 91.82, C.P. Daniel Suárez Hernández; Auto de 20 de noviembre de 1995, Exp. 11.310., C.P. Daniel Suárez Hernández;

RESTITUCION DE TENENCIA - Procedimiento / RESTITUCION DE TENENCIA - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Restitución de tenencia. Trámite / RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - Proceso abreviado

Para la Sala, si bien el Legislador no se ocupó del procedimiento a seguir para los eventos de restitución de la tenencia de bienes inmuebles con ocasión de un contrato estatal, ello no compromete en manera alguna la

competencia para el conocimiento del asunto por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que, como se explicó, es claro que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las controversias surgidas de contratos estatales, que son todos aquellos en los cuales una de las partes es una de las entidades públicas señaladas en el artículo 2º in fine, deben ser juzgados por la misma (art. 75 ejusdem). En esta misma línea, al amparo de la doctrina, la Sala acogió sin reservas que cualquier causa que pueda llevar a pedir la restitución de la tenencia del inmueble arrendado (verbigracia indebida destinación, venta del bien, necesidad de ocuparlo, expiración del plazo e incumplimiento en pago de cánones, entre otras) y el reconocimiento de las indemnizaciones a que haya lugar (artículo 408 No. 9 del C. de P. Civil), debe ser tramitada siguiendo el proceso abreviado. Nota de Relatoría: Ver Auto de 25 de junio de 1995, reiterado en auto de 5 de noviembre de 1999, Exp. 16.600, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Auto de 20 de mayo de 2002, Exp. No. 22.316, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Exp. 25.096, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 33.410, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. No. 15.883, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Auto de 30 de marzo de 2006, Exp. 21131, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 29 de noviembre de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 20.190.

JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Restitución de tenencia / PROCESO DE RESTITUCION DE TENENCIA - Procedimiento abreviado. Jurisdicción / RESTITUCION DE TENENCIA - Procedimiento abreviado. Jurisdicción / RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - Procedimiento abreviado. Jurisdicción

La Jurisdicción Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer de los procesos de restitución de tenencia de bienes inmuebles, a través del procedimiento abreviado previsto en el C. de P. Civil, según remisión del artículo 267 del C.C.A., y en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en armonía con los artículos 82 (modificado por la Ley 1.107 de 2006), 129, 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo (modificados por la Ley 446 de 1998)- Por lo tanto, no se configura en el caso sub examen la nulidad de que trata el numeral 1 del artículo 140 del C. de P. Civil y, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la demandada no está llamado a prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710)

Actor: NACION - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y OTRO

Demandado: FEDERACION NACIONAL DE CACAOTEROS

Referencia: RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO

De acuerdo con la prelación de fallo asentada en el acta de 13 de diciembre de 2001, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por Federación Nacional de Cacaoteros, parte demandada, contra la Sentencia de 14 de agosto de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se accedió a las súplicas de la demanda presentada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la cual, previo el estudio correspondiente, será confirmada.

La parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

“1.- Declárese terminado el contrato de administración de Cuota de Fomento de Cacaotero celebrado entre el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros calendado el 4 día enero de mil novecientos noventa, suscrito entre el Ministro de Agricultura y el Jefe de Cooperación Técnica de FedeCacao, por incumplimiento de las obligaciones y el vencimiento del término pactado en cuanto hace a la administración del Predio El Cortijo, ubicado en el Municipio de Puerto Tejada, Cauca.

“2.- Ordénese la RESTITUCION del inmueble al Propietario del mismo LA NACION MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL o a quien

sus derechos represente, que en la actualidad se encuentra en tenencia a título de ADMINISTRACIÓN a favor de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS.

“2.1 La restitución se hará Para (sic) efectos de la entrega del bien inmueble, se concede el términos de treinta (30) días.

“3.- Vencido el término concedido, sin que se hubiere efectuado la entrega real y material, se procederá al lanzamiento del administrador (Federación Nacional de Cacaoteros), para cuyo efecto se COMISIONA Al (sic) Señor Juez del Circuito de Puerto Tejada, Cauca (O.R) con facultades para decidir los incidentes que se presenten, para estos efectos.

“El Juez Comisionado cumplirá este ordenamiento en el término de tres (3) días contados al siguiente del recibo de la comisión.

“4.- No se condena en costas a la parte demandada, por cuanto no se demostró su causación (sic) el proceso...”

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 27 de julio de 1999, por intermedio de apoderado judicial a través del proceso abreviado de restitución de tenencia, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural formuló demanda en contra de la Federación Nacional de Cacaoteros, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES

1. Por la expiración del término del contrato de administración celebrado entre mi mandante con la Federación Nacional de Cacaoteros de las condiciones civiles ya expresados, decretese el lanzamiento contra dicha Federación y cualquier otro ocupante, que derive su derecho de ella, de

un inmueble rural conocido como EL CORTIJO y comprendido por los siguientes linderos: Primera compra que hizo la Nación: 40 fanegadas con casa, enramadas, establo, etc.: NORTE: La carretera de 'El Ortigal' a Puerto Tejada; ORIENTE: La finca denominada 'Méjico' de herederos de Matilde Mejía de González; SUR: El Río Guengué; OCCIDENTE: Con el resto de la finca El Cortijo según la línea divisoria demarcada en el plano que se agrega en el protocolo. Segunda compra que hizo la Nación: 39 fanegadas y 296 M2; NORTE: La carretera Ortigal Puerto Tejada; ORIENTE: El resto de la hacienda "El Cortijo"; SUR: El Río Guengué; OCCIDENTE: Predio de los herederos de Ernesto Mejía. Linderos actualizados que corresponden a: NORTE: carretera pavimentada que conduce de Puerto Tejada a Pradera - Palmira; SUR; Río Guengué; ORIENTE; Mario Salcedo (caña); OCCIDENTE: Mario Salcedo (caña) con 48 has.

"2. Decretada la orden de restitución, practiquen V.V.S.S. el lanzamiento del demandado, o sírvanse comisionar a una autoridad Judicial o de Policía para que lo lleve a cabo. La restitución del inmueble antes determinado deberá verificarse desocupándolo enteramente y dejándolo a mi disposición como representante del Minagricultura.

"3. Condene al demandado al pago de costas y costos del proceso..."
(...)

"PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA

"En el caso improbable de no ser estimada la primera pretensión principal propongo como subsidiaria:

"1. Por incumplimiento de las obligaciones del administrador Federación Nacional de Cacaoteros declare V.S. que ha terminado el contrato firmado el 4 de enero de 1990 entre el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros y en consecuencia decrete la restitución al Ministerio de Agricultura del inmueble rural conocido ubicado en Puerto Tejada y conocido como EL CORTIJO, comprendido dentro los siguientes linderos: Primera compra que hizo la Nación: 40 fanegadas con casa, enramadas, establo, etc.: NORTE: La carretera de 'El Ortigal' a Puerto Tejada; ORIENTE: La finca denominada 'Méjico' de herederos de Matilde Mejía de González; SUR: El Río Guengué; OCCIDENTE: Con el resto de la finca El Cortijo según la línea divisoria demarcada en el plano que se agrega en el protocolo. Segunda compra que hizo la Nación 39 fanegadas y 296 M2; NORTE: La carretera Ortigal Puerto Tejada; ORIENTE: El resto de la hacienda "El Cortijo"; SUR: El Río Guengué; OCCIDENTE: Predio de los herederos de Ernesto Mejía. Linderos actualizados que corresponden a: NORTE: carretera pavimentada que conduce de Puerto Tejada a Pradera - Palmira; SUR; Río Guengué; ORIENTE; Mario Salcedo (caña); OCCIDENTE: Mario Salcedo (caña) con 48 has.

"Las demás pretensiones principales continuarían idénticas.

2. Los fundamentos de hecho

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

2.1. Que entre el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros se celebraron varios contratos, el 31 de agosto de 1967 - adicionado el 2 de septiembre de ese mismo año-, 13 de octubre de 1969, 9 de febrero de 1987, 12 de febrero de 1988, 10 de enero de 1989, mediante los cuales la Nación entregó a la federación a título de administración todos los bienes destinados por ese Ministerio a través del Fondo de Fomento Agropecuario para la campaña de cacao en el país, dentro de los que se encuentran cuatro centrales de programación más la de Puerto Tejada objeto de la litis, comprometiéndose dicha Federación, entre otras obligaciones, a incrementar la producción de cacao en el territorio nacional, multiplicar, clasificar y distribuir semillas mejoradas de cacao, establecer campos de demostración de variedades del producto, con los deberes de no disponer en ninguna forma de los bienes recibidos y devolverlos en el mismo estado. Se convino como contraprestación a favor de la federación que recibiría el 10% del valor anual de la cuota de fomento cacaotero.

2.2. Que, con posterioridad al vencimiento del último de los contratos citados -31 de diciembre de 1989-, se celebró un nuevo contrato el 4 de enero de 1990 entre las mismas partes y con una vigencia de dos (2) años, pactando como obligaciones a cargo de la federación, entre otras, las de adelantar programas de transferencia de tecnología a través de cursos, seminarios, pruebas, días de campo y administrar el equipo dentro de la central de programación de El Cortijo en Puerto Tejada, haciéndose aquella responsable hasta por culpa leve y asumiendo el compromiso de devolver los bienes en el mismo estado en que fueron recibidos, salvo el deterioro normal, de acuerdo con los inventarios incorporados en el contrato celebrado en el año de 1967.

2.3. Que el 4 de enero de 1992 se venció el término de duración del anterior contrato y no hubo ánimo de prorrogarlo, toda vez el 30 de diciembre de 1991 se celebró uno nuevo excluyendo la administración de las granjas demostrativas.

2.4. Que entre los años de 1995 -17 y 18 de marzo- y 1996 -15 y 16 de febrero- el Ministerio realizó varias visitas al predio del Cortijo, de donde dedujo el incumplimiento de las obligaciones de la federación, entre ellas, las de llevar a cabo un programa eficiente de producción de semilla de cacao y de las labores propias del cultivo, así como también se encontró los germinadores abandonados y que el predio entregado estaba arrendado, lo cual estaba expresamente prohibido.

2.5. Que ante estas circunstancias el Ministerio requirió a la Federación Nacional de Cacaoteros para la restitución del inmueble, en varios oficios 00445 y 05546 de 11 de abril y 9 de mayo de 1995; 1862 de 4 de septiembre y 779 de 31 de octubre de 1996; y por su parte, la federación manifestó no conocer los objetivos de la entrega del predio el Cortijo y que debía tramitarse el procedimiento que asegura el debido proceso.

2.6. Que ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá se practicó diligencia de requerimiento judicial.

3. Fundamentos de derecho

Fundamentó la actora la demanda en lo dispuesto por los artículos 2157 a 2160, 2176 a 2189, 2202 numeral 2, y 2205 a 2207 del Código Civil; artículos 76 a 97 del Decreto 2303 de 1989; artículo 75 de la Ley 80 de 1993; letra e. del artículo 134 del C.C.A.

4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

A través de auto de 12 de octubre de 1999 el Tribunal *a quo* admitió la demanda de restitución de bien inmueble y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y a los demandados.

5. La oposición del demandado

Previa notificación personal el 11 de septiembre de 2000, la parte demandada constituyó apoderado judicial en escrito presentado ante el tribunal a quo el 18 de septiembre de esa misma anualidad para que lo representara en la proceso, pero no se presentó contestación de la demanda.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* en la Sentencia de 14 de agosto de 2001 impugnada, afirmó que se encontraban demostradas las dos casuales invocadas por el demandante para pedir la restitución, esto es, la expiración del término contractual pactado y el incumplimiento de la demandada a las obligaciones que contrajo en el contrato de administración, sin que la demandada se hubiera esforzado en probar lo contrario.

En efecto, encontró, de una parte, que si bien la vigencia del contrato se había pactado en dos (2) años, según la cláusula sexta, la cual se podía prorrogar, no se suscribió un contrato adicional fijando un nuevo término y, de otra parte, que el terreno no estaba destinado en su totalidad a lo referido en el contrato, que requería de trabajos para dedicarlo a la siembra y que se hallaba subarrendado a un particular en una gran porción del área.

Por lo anterior, concluyó que se habían cumplido los requisitos para acceder a las súplicas de la demanda.

7. El recurso de apelación

Inconforme con las decisiones adoptadas, la demandada presentó el 23 de agosto de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*,

pues considera que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es competente para conocer de este proceso.

A su juicio, sí resulta correcto el trámite que se le dio a la acción mediante el proceso abreviado de que trata el artículo 408 del C. de P. Civil para los procesos de restitución -lo que en su momento fue objeto de solicitud de nulidad ante la primera instancia-, el competente para conocer de dicho asunto es el juez de la Jurisdicción Civil, tal y como se expone en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de "...26 de octubre de 1899...(sic)", máxime si se tiene en cuenta que dentro de las competencias atribuidas por la Ley 446 de 1998, no se cita este tipo de acciones de restitución a cargo de una autoridad judicial de lo contencioso administrativo.

Por lo anterior, concluyó que faltó uno de los presupuestos necesarios para dictar sentencia, como lo es el tener jurisdicción y competencia, razón por la cual solicita revocar la sentencia recurrida y, en su defecto, dictar sentencia inhibitoria.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. El recurso de apelación presentado, luego de su remisión para estudio el 2 de marzo de 2005 a esta Corporación, fue admitido en auto de 22 de julio de 2005.

8.2. Mediante auto de 21 de octubre de 2005 se dio traslado por el término de ley a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto, plazo durante el cual no se pronunciaron.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del *a quo*, para lo cual estudiará los siguientes aspectos: 1) Objeto de la apelación; 2) La causal de nulidad invocada en sede de apelación: falta de jurisdicción; 3) La jurisdicción competente de acuerdo con el contrato fuente de la controversia; 4) El procedimiento abreviado como trámite especial a seguir para la restitución y entrega de inmuebles no altera la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa; y 5) conclusión.

1. Objeto de la apelación

El recurrente sostiene que debe revocarse la sentencia del *a quo*, porque la Jurisdicción Contencioso Administrativa no tiene jurisdicción ni competencia para tramitar el proceso que dio origen a la misma, en el entendido de que legalmente no le está asignado el conocimiento del procedimiento abreviado que persigue la restitución de la tenencia de un bien inmueble, sino que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria.

Planteada así la apelación, observa la Sala que la inconformidad no ataca el fondo o mérito de la sentencia, sino que versa sobre una nulidad del proceso por un vicio insaneable (falta de jurisdicción, art. 140 No. 1), que determina la invalidez del mismo por el incumplimiento u omisión de un requisito esencial para su desenvolvimiento eficaz y que, por ende, constituye una sanción legal por la existencia de una irregularidad que compromete la validez de la actividad *in procedendo*.

2. La causal de nulidad invocada en sede de apelación: falta de jurisdicción (No. 1 art. 140 C. de P. Civil).

El Código Contencioso Administrativo, en materia de nulidades procesales remite a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil (art. 165). En dicho estatuto procesal civil se señala, de una parte, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables, hasta antes de dictar sentencia; y, de otra parte, que dentro de las causales de nulidad insaneables se encuentra que el asunto corresponda a otra

jurisdicción²² (arts. 145 y 140 numeral 1º), entendida como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada a otra autoridad de diferente jurisdicción.

Así mismo, la causal de nulidad debe ser invocada por el afectado, en cualquiera de las instancias antes que se dicte sentencia o durante la actuación posterior a ella si ocurrieron en la misma (arts. 142 y 143 del C. de P. Civil).

De otra parte, el Código Contencioso Administrativo dispone que "*En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o juzgado que ordena la remisión*" (inc. 4, art. 143).

Por consiguiente, valga precisar que demostrado un vicio como el endilgado por el recurrente en el proceso, lo procedente en esos eventos es la declaratoria de nulidad del proceso y su remisión a la jurisdicción competente.

3. La jurisdicción competente de acuerdo con el contrato fuente de la controversia

Revisada la presente actuación, es claro para la Sala que entre la Nación - Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros se celebraron varios negocios jurídicos que datan desde 1967²³, uno de los cuales dio origen al caso *sublite*, y corresponde a un contrato de administración suscrito el 4 de enero de 1990²⁴, cuyo objeto fue la asunción por parte de la citada federación del recaudo e inversión de la

²² Hipótesis dentro de las que se encuentran también la falta de competencia funcional y aquellas situaciones en las que el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, o revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

²³ Contratos de 31 de agosto de 1967 –adicionado el 2 de septiembre de ese mismo año-, 13 de octubre de 1969, 9 de febrero de 1987, 12 de febrero de 1988, 10 de enero de 1989, 30 de diciembre de 1991 documentos públicos que obran a fls. 7 a 41 y 48 a 54 del cd. ppal.

²⁴ Documento público que obra en copia auténtica a fls. 42 a 54 del cd. ppal.

cuota de fomento cacaotero en la forma, términos y fines establecidos en la Ley 67 de 1983 y su decreto reglamentario No 1000 de 1984²⁵, en desarrollo de lo cual podía ejecutar o financiar la ejecución de programas y proyectos de investigación, transferencia de tecnología, comercialización, apoyo a las exportaciones y estabilización de precios de ese producto, según el Plan Económico Social del Gobierno Nacional (cláusula primera), con un término de duración de dos (2) años (cláusula sexta).

De conformidad con las estipulaciones del mencionado contrato, además la federación se obligó a mantener en administración los equipos, elementos y dotación del material que el Ministerio de Agricultura por conducto del Fondo de Fomento Agropecuario, tenía destinados para el cumplimiento de las campañas de fomento cacaotero, especialmente las cuatro (4) centrales de Propagación, dentro de la cuales figura la del Cortijo, administración de bienes por la cual respondía hasta por culpa leve y que debía devolverlos en el mismo estado al finalizar el contrato, sin que pudiera disponer de ninguna forma de los mismos (cláusula séptima); como contraprestación la federación recibiría el diez por ciento (10%) del recaudo anual efectuado de la cuota de fomento cacaotero.

Igualmente, en él se pactó la constitución de garantías a favor del Ministerio de Agricultura, así como las cláusulas de multas, penal pecuniaria y caducidad administrativa de que trata el artículo 62 del Decreto 222 de 1983, el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República y su publicación en el Diario Oficial (cláusulas décima primera a décima sexta).

Como puede apreciarse, el contrato anterior fue celebrado en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, por una de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación -entre ellas los

²⁵ La Ley 67 de 1983 aumentó la cuota de fomento cacaotero creada por la Ley 31 de 1965 y autorizó al Gobierno, a través del Ministerio de Agricultura para contratar la administración y recaudo de los recursos por concepto de la referida cuota; y mediante Decreto 1000 de 24 de abril de 1984, el Gobierno Nacional condicionó la utilización de los recursos de la cuota al perfeccionamiento de un contrato de administración entre ese ministerio y la Federación Nacional de Cacaoteros.

Ministerios a nombre de la Nación-, según el artículo 1 *ibídem*-

Cabe señalar que el Decreto ley 222 de 1983, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 19 de 1982, preservó la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la administración con y sin cláusula de caducidad administrativa²⁶, que había establecido el Decreto ley 150 de 1976, manteniendo el conocimiento de los dos primeros en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la Justicia Ordinaria la competencia en relación con las controversias de los contratos de derecho privado de la administración que no tenían pactada la cláusula de caducidad.

En efecto, se recuerda que en el artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983, se enlistaron los que se consideraban como contratos administrativos y se dispuso que, aquellos que no estuvieran relacionados en esta lista *"son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario."*²⁷

²⁶ La Ley 19 de 1982, en su artículo 1 dispuso: "Son contratos administrativos, además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente ley, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de concesión de servicios públicos, los de explotación de bienes del Estado, y los de suministro."; y en el artículo 4º señaló que serían de "... conocimiento de la justicia contencioso administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los cuales se haya pactado cláusula de caducidad; de la ordinaria los demás".

²⁷ La norma era del siguiente tenor: "ARTICULO 16. DE LA CLASIFICACION Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS – Son contratos administrativos:

1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.

De acuerdo con esta clasificación, el artículo 17 *ibídem*²⁸ dispuso que las controversias suscitadas en los contratos que la ley calificó como administrativos correspondían a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que aquellos conflictos relacionados con los contratos de derecho privado de la Administración que no incluyeran la cláusula de caducidad, eran competencia de la Justicia Ordinaria.

En tal virtud, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación²⁹, el conocimiento de los conflictos generados por contratos celebrados por las entidades públicas, estaba informado por las siguientes reglas:

a) Si el contrato era de aquellos que taxativamente se señalaba como administrativos en el artículo 16 de ese estatuto o en otra norma especial con esa categoría, entonces era la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer del proceso.

8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.

9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y

10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

PARAGRAFO. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia...”

²⁸ Artículo 17 del Decreto 222 de 1983: “La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son de conocimientos de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado serán de conocimiento de la justicia ordinaria.”

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de noviembre de 1995, Exp. 11.310, C.P. Daniel Suárez Hernández.

b) Si el contrato no estaba consagrado en el listado del artículo 16, era considerado como de derecho privado de la administración, y la competencia para conocer los conflictos que de él se derivan correspondía a la Jurisdicción Ordinaria.

c) Si el contrato era de aquellos considerados como de derecho privado e incluía la cláusula de caducidad, entonces se radicaba en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia para conocer de los conflictos que de él se derivaran.

d) Si en relación con el contrato de derecho privado de la administración en el cual no se había incluido la cláusula de caducidad, se profería un acto administrativo, la competencia para el juzgamiento de tal acto, correspondía a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así las cosas, la Sala observa que el contrato de administración de la cuota de fomento cacaotero celebrado entre el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros el 4 de enero de 1990 era de aquellos señalados en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 como administrativos, dado que si bien no se encontraba enlistado en el artículo 16 de este estatuto, la Ley 67 de 30 de diciembre de 1983³⁰ así expresamente nominó estos negocios jurídicos en su artículo 8³¹, y como corolario de lo anterior, se tiene que la Jurisdicción

³⁰ La Ley 67 de 1983 entró a regir el 1 de enero de 1984, según Diario Oficio Año CXX. N. 36440. 10, de ese mes y año, pág. 139, es decir, es posterior a la vigencia del Decreto 222 de 2 de febrero 1983, que lo fue el 6 de este mismo mes y año, según Diario Oficial No. 36.189.

³¹ "Artículo 8°. Administración. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura contratará con la Federación Nacional de Arroceros; la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales o la Federación Nacional de Cacaoteros, según el caso, la administración y recaudo de las Cuotas de Fomento Arrocerero, Cerealista y Cacaotero. A falta de cualquiera de estas Asociaciones, podrá encomendar tales actividades a otra Asociación sin ánimo de lucro lo suficientemente representativa del correspondiente subsector. En el Contrato Administrativo se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos del Fondo, la definición y establecimiento de programas y proyectos, las facultades y prohibiciones de la entidad administradora, el plazo del contrato y demás requisitos y condiciones que se requieran para el cumplimiento de los objetivos legales, así como la contraprestación por la administración y recaudo de cada cuota, cuyo valor podrá ser hasta del diez por ciento (10%) del recaudo anual." –Subraya la Sala-

de lo Contencioso Administrativo era en ese entonces la competente para conocer y dirimir las controversias que se suscitaran en relación con el mismo.

Sin embargo, como quiera que lo que determina la escogencia de jurisdicción no es la época en que hubieran tenido ocurrencia los hechos o la celebración del contrato, sino la oportunidad en que se presente la demanda y las normas vigentes para entonces, puesto que se trata de un asunto procedimental de aplicación o efecto inmediato a su vigencia³² (art. 40 de la Ley 153 de 1887³³), de orden público y de obligatorio cumplimiento (art. 6 C. de P. Civil³⁴), se observa que, no obstante que en este caso con posterioridad a la suscripción del contrato *sub examen* hubo cambio de legislación regulatoria en materia de contratación de la administración pública, la jurisdicción para el conocimiento de los conflictos generados en virtud del mismo no sufrió ninguna modificación o alteración.

En efecto, luego del Decreto ley 222 de 1983, se expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en su artículo 32³⁵ unificó los contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 *ibídem*³⁶ sin hacer distinción

³²CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de febrero de 1994, Exp. 91.82, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³³ “Artículo 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

³⁴Artículo 6. “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y e ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”

³⁵ Ahora, en relación con los contratos celebrados por la administración el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que son “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales” que se celebren por una de las entidades a que se refiere ese estatuto.

³⁶ Eliminó todas las distinciones que le fueron propias al decreto 222 de 1983, en el cual la jurisdicción competente para resolver los conflictos derivados de un contrato celebrados por una entidad pública, estaba signada por la naturaleza del contrato.

alguna, bajo la denominación de contratos estatales y el artículo 75 de aquel estatuto, en concordancia con el artículo 87 del C.C.A. -que establece la acción de controversias contractuales-, asignaron a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento sobre las controversias originadas de los mismos.

Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación³⁷, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993³⁸, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia³⁹, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75, así:

“Art. 75.-Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Incluso, se advierte que, posteriormente, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan en los contratos celebrados por entidades estatales, está informada también por las normas procesales contenidas en los artículos 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, en conformidad con los cuales a esta

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de noviembre de 1995, Exp. 11.310., C.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁸ La Ley 80 de 1993 empezó a regir en este aspecto, el 1 de enero de 1994, conforme lo señaló expresamente en su artículo 81.

³⁹ En la enunciación de los sujetos a los cuales se les aplica el estatuto contractual, el art. 2 No. 1 de la Ley 80 de 1993, se relaciona, entre otros, a la Nación.

Jurisdicción Contencioso Administrativa compete su juzgamiento por el solo hecho de ser una de sus partes una entidad estatal, entendiendo por tal aquellas determinadas con esa categoría por la Ley 489 de 1998.⁴⁰

Pero además, conviene precisar que la Ley 1107, promulgada el pasado 27 de diciembre de 2006⁴¹, por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, ratifica la anterior conclusión. En efecto, en ella se introdujo un cambio radical a la cláusula general de asignación de competencias a esta jurisdicción, en su artículo 1º, así:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados

⁴⁰ Ley 446 de 1998: “ARTICULO 40. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”; “ARTICULO 42. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS (...)”Artículo 134B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. Normas vigentes a partir del 28 de abril de 2005 por virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 954 de 2005.

⁴¹ DIARIO OFICIAL No. 46494 de 27 de diciembre de 2006.

especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional’.”

De la lectura del precepto transcrito, se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ya no gravita en torno al *“juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto la asignación de competencia quedó determinada por la naturaleza de la entidad a juzgar y no de la función de la cual se deriva la controversia que plantea el litigio.

En este orden de ideas, no queda el menor asomo de duda que el asunto que se ventila en el presente proceso es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto de acuerdo con el artículo 82 del C.C.A., corresponde a la misma juzgar los litigios originados en la actividad de las entidades de derecho público, como lo es la Nación a través del Ministerio de Agricultura, parte del contrato del *sub lite*.

4. El procedimiento abreviado como trámite especial a seguir para la restitución y entrega de inmuebles no altera la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa

El recurrente fundamenta su impugnación con el argumento de que la competencia en el caso concreto, que persigue la restitución de la tenencia de un bien inmueble, se encuentra ligada al procedimiento abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, el cual, en su sentir, se estableció para el conocimiento de la Justicia Ordinaria.

No obstante, para la Sala, si bien el Legislador no se ocupó del procedimiento a seguir para los eventos de restitución de la tenencia de bienes inmuebles con ocasión de un contrato estatal, ello no compromete en manera alguna la competencia para el conocimiento del asunto por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que, como se explicó, es claro que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las controversias surgidas de contratos estatales, que son todos aquellos en los cuales una de las partes es una de las entidades públicas señaladas en el artículo 2º *in fine*, deben ser juzgados por la misma (art. 75 *ejusdem*).

En efecto, se trata de un aspecto ya resuelto por la jurisprudencia de la Corporación, que de tiempo atrás ha sostenido:

“...1º. El proceso presentado por la Beneficencia de Cundinamarca y la Fiduciaria Tequendama versa sobre restitución de inmueble arrendado, el cual debe tramitarse conforme lo establecido en los artículos 424 y ss del C. de P. C., según lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A. que establece: “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponda a la jurisdicción contencioso administrativo.”

“(...)”

“Se concluye que de acuerdo con el artículo 267 del C.C.A el a quo acertó a aplicarle el trámite que establece el C. de P.C. para los procesos de restitución de inmueble arrendado y que una vez apelada la decisión ante esta Corporación, debía seguirse tramitando bajo el mismo ordenamiento y no darle tratamiento de los procesos ordinarios regulados por el C.C.A...”⁴² (Subraya la Sala).

Criterio que luego reforzó así:

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 25 de junio de 1995, reiterado en auto de 5 de noviembre de 1999, Exp. 16.600, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

“...Para la Sala las controversias que giren alrededor de los contratos de arrendamiento celebrados con entidades estatales, deben ventilarse a través del trámite especial, esto es, el procedimiento abreviado desarrollado específicamente en los artículos 408 y 424 del C. de P.C, porque los términos allí previstos y la celeridad del trámite a seguir responden a la naturaleza de las acciones en las cuales se pretende la restitución y entrega de los inmuebles.

“A pesar que la legislación contenciosa carezca del trámite especial, ello obedece al hecho que bajo la vigencia de la legislación anterior dichos procesos se tramitaban ante la justicia ordinaria con aplicación del procedimiento abreviado, el que, sin duda, responde a la necesidad de la aplicación de una acción más expedita y a la naturaleza del contrato, que en cualquier caso resulta más eficaz para el propósito perseguido...”⁴³ -subraya la Sala-.

En esta misma línea, al amparo de la doctrina, la Sala acogió sin reservas que cualquier causa que pueda llevar a pedir la restitución de la tenencia del inmueble arrendado (verbigracia indebida destinación, venta del bien, necesidad de ocuparlo, expiración del plazo e incumplimiento en pago de cánones, entre otras) y el reconocimiento de las indemnizaciones a que haya lugar (artículo 408 No. 9 del C. de P. Civil), debe ser tramitada siguiendo el proceso abreviado; al respecto señaló:

“La Sala considera que las pretensiones expuestas en la demanda son propias de un proceso de restitución de inmueble arrendado cuyo trámite, de acuerdo con el art. 408 del C.P.C., es el procedimiento abreviado. En efecto, en la demanda se pidió la declaratoria de terminación del contrato de arrendamiento No. 008 del 2 de febrero de 1.996 y la consecuente restitución del inmueble arrendado. (...)

“La Sala acoge la interpretación mencionada y, por lo tanto, considera que las pretensiones de terminación del contrato y la consecuente restitución del inmueble, son pretensiones propias del proceso de restitución de inmueble arrendado cuyo trámite, de acuerdo con el C.P.C., es el abreviado...”⁴⁴

En el caso concreto, en la demanda se solicitó se declarara la terminación del contrato de administración de la cuota de fomento cacaotero celebrado entre el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cacaoteros por incumplimiento de las obligaciones y el vencimiento del término pactado en cuanto

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de mayo de 2002, Exp. No. 22.316, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Exp. 25.096, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. En sentido similar ver entre otras: Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 33.410, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. No. 15.883, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Auto de 30 de marzo de 2006, Exp. 21131, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 29 de noviembre de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 20.190.

hace relación a la administración del Predio El Cortijo, ubicado en el Municipio de Puerto Tejada (Cauca), y que se ordenara la restitución de la tenencia del mismo, controversia que de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala es de competencia de esta Jurisdicción y debe ventilarse mediante el procedimiento cognitivo abreviado, regulado en los artículos 408 y ss. del C. de P. Civil⁴⁵, dada la naturaleza de la acción, la celeridad para la obtención del fin en ella perseguido y lo previsto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que ordena, ante la falta de regulación de un trámite especial a seguir a propósito del tema en el Código Contencioso Administrativo acudir al estatuto procesal civil.

5. Conclusión

La Jurisdicción Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer de los procesos de restitución de tenencia de bienes inmuebles, a través del procedimiento abreviado previsto en el C. de P. Civil, según remisión del artículo 267 del C.C.A., y en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en armonía con los artículos 82 (modificado por la Ley 1.107 de 2006), 129, 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo (modificados por la Ley 446 de 1998)-

Por lo tanto, no se configura en el caso *sub examen* la nulidad de que trata el numeral 1 del artículo 140 del C. de P. Civil y, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la demandada no está llamado a prosperar.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMÁSE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 14 de agosto de 2001 por el Tribunal

⁴⁵ Se advierte que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala es aplicable a aquellos otros procesos de restitución de tenencia a cualquier título –como el *del sub lite*–, restitución de la cosa a solicitud del tenedor y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar (art. 408 No. 10 del C. de P. Civil).

Administrativo del Cauca, en la que se accedió a las súplicas de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

**RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO - Trámite /
RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO - Causales /
RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO - Cánones /
PROCESO ABREVIADO - Restitución de bien inmueble arrendado**

Se trata de un proceso abreviado, especial, regulado expresamente por la ley procesal civil (num. 9 art. 408 C. P. C.) y que tiene por objeto la restitución del inmueble arrendado cualquiera que sea, vivienda, locales u oficinas comerciales, y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar, sin que esto signifique exclusivamente la obtención del pago de los cánones de arrendamiento. Existen varias causales para que el demandante solicite la restitución del bien inmueble como son, entre otras, la mora en el pago de la renta (art. 2.035 C. C.) y la demolición por nueva construcción (art. 5 dcto. 2.221 de 1983). En este tipo de proceso, la ley exige que, cualquiera que sea la causal invocada para solicitar la restitución del bien inmueble, el demandado debe continuar consignando oportunamente el valor de los cánones de arrendamiento

que se causen durante el curso del proceso, tanto en primera como en segunda instancia, so pena de que no sea escuchado hasta el momento en que aporte el respectivo recibo de consignación (num. 3 art. 424 C. P. C). Asimismo, cuando se invoque la causal de falta de pago, el demandado no será oído en el juicio hasta cuando demuestre el pago total de los cánones adeudados. En este caso, la ley también prevé la posibilidad de que el demandado presente los recibos de los últimos tres períodos, pero únicamente cuando el pago se haga directamente al arrendador o en su favor en virtud de lo dispuesto por los artículos 1.628 del C. C. y 424, numeral 2º del C. P. C. En aquellos casos en que el arrendatario demandado haya cancelado los cánones, pero no tenga en su poder los recibos de consignación que lo demuestren ya sea por pérdida o porque los aportó a otro proceso, debe poner en conocimiento del juez tal situación y solicitarle no entregar el dinero al demandante, con el compromiso de demostrar dentro a enero de del proceso que esas sumas efectivamente sí fueron canceladas. El pago de los cánones que se causen dentro del trámite del juicio de restitución de bien inmueble es una obligación del demandado para ser oído dentro del proceso, esto es oponerse a la demanda, presentar peticiones, interponer recursos, y demás actuaciones propias del proceso abreviado, incumplimiento que acarrea como sanción que no sean tenidas en cuenta dichas actuaciones hasta el momento en que demuestre el pago de dichos cánones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02100-01(21131)

Actor: BENFICENCIA DE CUNDIMANARCA

Demandado: NARANJO Y FERNANDEZ CIA. S. EN C.

Referencia: RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA EN PROCESO DE RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE

Corresponde a la Sala decidir el recurso ordinario de súplica que interpuso la sociedad demandada contra el auto que dictó el Consejero conductor del

proceso el día 4 de noviembre de 2005, mediante el cual declaró la nulidad de lo actuado en segunda instancia y, en consecuencia, inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera) el 19 de noviembre de 2000 y ejecutoriada la sentencia de primera instancia (fols. 311 a 313 c. ppal).

I. Antecedentes

1) La Beneficencia de Cundinamarca demandó a la Sociedad Naranjo y Fernández Cía. S. en C., a través del proceso abreviado de restitución de bien inmueble. Las causales que invocó la demandante son las relativas a falta de pago y demolición por nueva construcción (fols. 10 a 13 c. 1).

2) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera) dictó sentencia el 19 de noviembre de 2000, mediante la cual ordenó a la sociedad demandada restituir los bienes muebles que ocupaba como arrendataria a la Beneficencia de Cundinamarca (fols. 142 a 151 c. ppal).

2) Mediante memorial presentado el 23 de enero de 2001, la parte demandada apeló la anterior providencia (fol. 153 c. ppal).

3) Luego de que la sociedad demandada sustentara oportunamente el recurso, el Consejero conductor del proceso lo admitió por auto de 16 de agosto de 2002 (fol. 198 c. ppal).

4) La Beneficencia de Cundinamarca propuso incidente de nulidad de lo actuado en segunda instancia con el fin de que se inadmitiera el recurso de apelación debido a que la sociedad demandada no ha consignado ni en primera ni en segunda instancia los cánones de arrendamiento como lo señala el artículo 424 del C. P. C. (fols. 258 a 259 c. ppal).

5) El Consejero conductor del proceso declaró la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia y en su lugar inadmitió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada por auto del 4 de noviembre de 2005, toda vez que solamente consignó los cánones de arrendamiento que se causaron desde enero hasta agosto de 1996, con sus respectivos reajustes, pero no continuó con el pago de éstos durante el trámite del proceso.

Se explicó en dicha providencia que la parte demandada tiene la obligación de estar al día en el pago de los cánones de arrendamientos que reclama la demanda y de aquellos que se causen dentro del proceso (fols. 310 a 313 c. ppal).

6) Inconforme con esa decisión, la sociedad demandada interpuso recurso ordinario de súplica con el fin de que se revoque y en su lugar se niegue el incidente de nulidad.

Manifestó que ha pagado cumplidamente con los cánones de arrendamiento e informó que, como bien conoce la demandante, existen otros procesos de jurisdicción coactiva adelantados por el IDU contra la Beneficencia de Cundinamarca identificados con los números 14 - 01 eje 3 y 50C y que “en tales condiciones las consignaciones se han efectuado para dichos proceso conforme al artículo 683 del Código de Procedimiento Civil”, y aportó los recibos de consignación.

Alegó además que al momento de presentar el recurso de apelación estaba al día en el pago de la renta y por lo tanto sí puede ser oído en el proceso, pues en caso contrario, se vulneraría su derecho de defensa.

Finalmente agregó que éste hecho ya fue discutido dentro del proceso y así se decidió mediante providencia de 2 de julio de 2001 (fols. 314 a

318 c. ppal).

II. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala decidir el recurso ordinario de súplica que interpuso la sociedad demandada contra la providencia que dictó el Consejero conductor del proceso el día 4 de noviembre de 2005, mediante la cual declaró la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia y en su lugar inadmitió el recurso de apelación.

1) Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso ordinario de súplica de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 183 del C. C. A..

2) Juicio de restitución de bien inmueble

Se trata de un proceso abreviado, especial, regulado expresamente por la ley procesal civil (num. 9 art. 408 C. P. C.) y que tiene por objeto la restitución del inmueble arrendado cualquiera que sea, vivienda, locales u oficinas comerciales, y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar, sin que esto signifique exclusivamente la obtención del pago de los cánones de arrendamiento.

Existen varias causales para que el demandante solicite la restitución del bien inmueble como son, entre otras, la mora en el pago de la renta (art. 2.035 C. C.) y la demolición por nueva construcción (art. 5 dcto. 2.221 de 1983).

En este tipo de proceso, la ley exige que, cualquiera que sea la causal invocada para solicitar la restitución del bien inmueble, el demandado debe continuar consignando oportunamente el valor de los cánones de arrendamiento que se causen durante el curso del proceso, tanto en

primera como en segunda instancia, so pena de que no sea escuchado hasta el momento en que aporte el respectivo recibo de consignación (num. 3 art. 424 C. P. C).

Asimismo, cuando se invoque la causal de falta de pago, el demandado no será oído en el juicio hasta cuando demuestre el pago total de los cánones adeudados. En este caso, la ley también prevé la posibilidad de que el demandado presente los recibos de los últimos tres períodos, pero únicamente cuando el pago se haga directamente al arrendador o en su favor en virtud de lo dispuesto por los artículos 1.628 del C. C. y 424, numeral 2º del C. P. C.

En aquellos casos en que el arrendatario demandado haya cancelado los cánones, pero no tenga en su poder los recibos de consignación que lo demuestren ya sea por pérdida o porque los aportó a otro proceso, debe poner en conocimiento del juez tal situación y solicitarle no entregar el dinero al demandante, con el compromiso de demostrar dentro a enero de del proceso que esas sumas efectivamente sí fueron canceladas.

El pago de los cánones que se causen dentro del trámite del juicio de restitución de bien inmueble es una obligación del demandado para ser oído dentro del proceso, esto es oponerse a la demanda, presentar peticiones, interponer recursos, y demás actuaciones propias del proceso abreviado⁴⁶, incumplimiento que acarrea como sanción que no sean tenidas en cuenta dichas actuaciones hasta el momento en que demuestre el pago de dichos cánones.

3) Caso concreto

La Sala verificará si el demandado ha consignado los cánones de arrendamiento que se han causado dentro del proceso para desatar el

⁴⁶ El parágrafo 6 del artículo 424 del C. P. C. establece que en los procesos de restitución de bien inmueble no se pueden tramitar la demanda de reconvencción, la intervención excluyente o coadyuvante, la acumulación de procesos y la audiencia del 101 del C. P. C.; en caso de que sean propuestos este tipo de trámites, el juez los rechazará de plano.

recurso de súplica, porque en caso de que no esté al día en el pago de aquellos, no será posible pronunciarse sobre el recurso toda vez que ésta es la sanción que se impone de acuerdo con la ley.

Particularmente la Sala observa que obran en el expediente los recibos de consignación por parte de la Sociedad Naranjo y Fernández Cía S. en C. a favor de la Beneficencia de Cundinamarca, correspondientes a los períodos de noviembre a diciembre de 1993 (fol. 16 c. pruebas); enero a diciembre de 1994 (fols. 16 a 18 y 22 a 26 c. pruebas); enero a diciembre de 1995 (fols. 26, 30, 34, 38 y 42 c. pruebas); enero a octubre de 1996 (fols. 38 a 44, 51, 54 c. 1).

Además el recurrente arrendatario aportó copia de los recibos de consignación correspondientes a los cánones de arrendamiento derivados del contrato con la Beneficencia de Cundinamarca, que ha cancelado oportunamente a favor de la demandante y a órdenes del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; también aportó los recibos de pago que ha estado pagando a favor del secuestre auxiliar de la justicia, en virtud del acuerdo de pago suscrito entre la Sociedad demandada y el Secuestre, dentro del proceso ejecutivo 14 - 01 eje 3 que cursa en el IDU contra la Beneficencia de Cundinamarca.

En efecto, dentro del expediente obran los recibos de consignación a órdenes del Tribunal A Quo y a favor de la demandante, correspondientes a los períodos de noviembre a diciembre de 1996 (fols. 327 a 631 c. ppal); enero a diciembre de 1997 (fols. 602 a 625 c. ppal); enero a diciembre de 1998 (fols. 577 a 600 c. ppal); enero a diciembre de 1999 (fols. 552 a 575 c. ppal); enero a diciembre de 2000 (fols. 527 a 550 c. ppal); enero a diciembre de 2001 (fols. 502 a 525 c. ppal); enero a julio de 2002 (fols. 377 c. ppal).

Además se observan los recibos de pago expedidos por el secuestre dentro del proceso ejecutivo 14 - 01 eje 3 que adelanta el IDU contra la

Beneficencia de Cundinamarca y que corresponden a los siguientes períodos: agosto a diciembre de 2002 (fols. 372 a 376 c. ppal); enero a diciembre de 2003 (fols. 359 a 370 c. ppal); enero a diciembre de 2004 (fols. 346 a 357 c. ppal); enero a septiembre de 2005 (fols. 336 a 344 c. ppal).

Y también se encuentra una certificación expedida por la Empresa Administradora de los bienes embargados y secuestrados por el IDU dentro del proceso ejecutivo 14 - 011 eje 4 que adelanta contra la Beneficencia de Cundinamarca en la cual consta que la sociedad demandada está al día en el pago de los cánones de arrendamiento correspondientes al período de agosto a noviembre de 2005 (fol. 319 c. ppal).

El material probatorio anteriormente relacionado muestra que a la fecha de interposición de los recursos de apelación (23 de enero de 2001) y de súplica ordinaria (15 de noviembre de 2005), el arrendatario demandado estaba al día con la obligación impuesta de pagar **oportunamente** los cánones de arrendamiento causados dentro del proceso y, por lo tanto, la sanción legal que acarrea el incumplimiento de dicha carga, no se genera en este caso y como lo demostró, puede ser oído dentro del proceso, esto es, adelantar todos los trámites propios del proceso abreviado, entre ellos, la interposición de los recursos de ley.

En consecuencia, se revocará el auto recurrido y, en su lugar, se continuará con el trámite del proceso en el estado en que se encontraba antes de la declaratoria de nulidad de lo actuado en segunda instancia.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE el auto que dictó el Consejero conductor del proceso el día 4 de noviembre de 2005.

SEGUNDO: CONTINÚESE con el trámite del proceso en el estado en que se encontraba antes de la declaratoria de nulidad de lo actuado en segunda instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

NULIDAD PROCESAL - Falta de celebración de audiencia de conciliación en primera instancia / IMPROCEDENCIA - Su práctica se encuentra supeditada a petición de parte / IMPROCEDENCIA - Principio de Convalidación

La sociedad demandada solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del momento en el cual se profirió la sentencia de primera instancia, por considerar que el a quo habría omitido los términos para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión, habida cuenta de que, a juicio del recurrente, habrían sido inobservados los mandatos

contenidos en los artículos 104 de la Ley 446 de 1998 y 75 de la Ley 80 de 1993, toda vez que el fallador de primera instancia no dispuso la celebración de audiencia de conciliación una vez expiró el período probatorio dentro del proceso y con antelación al proferimiento del auto mediante el cual se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. La conciliación judicial tiene cabida en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general y en los relativos a controversias contractuales, en particular; (ii) la convocatoria a la audiencia de conciliación tendrá lugar a solicitud de alguna de las partes o de común acuerdo, una vez haya expirado el período probatorio en la primera instancia y, en segunda instancia, en cualquier momento antes de que sea resuelto el recurso de apelación; (iii) la conciliación solicitada de común acuerdo procede en cualquier estado del proceso; (iv) la fijación de fecha, por parte del juez, para la celebración de audiencia de conciliación en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 104 de la Ley 446 de 1998, está supeditada a la solicitud que en tal sentido le formulen las partes de común acuerdo o le eleve alguna de ellas, razón por la cual no tiene el juez, de conformidad con lo previsto por la citada norma aplicable en esta materia a asuntos como el sub iudice, la carga imperativa de disponer, oficiosa y/u obligatoriamente, la realización de audiencia de conciliación. Resulta forzoso concluir que no se encuentran configurados los presupuestos de la causal de nulidad procesal invocada por la parte demandada —según la cual el Tribunal

de primera instancia habría omitido los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular los alegatos de conclusión— si se tiene en cuenta que el decreto y la práctica de pruebas previstos en el artículo 76 de la Ley 446 de 1998 se encuentra supeditado a que —según se acaba de explicar— las partes de común acuerdo o alguna de ellas hubieren solicitado el señalamiento de fecha para la realización de la audiencia de conciliación, cosa que, como también antes se indicó, no está probado que hubiere ocurrido en el caso sub examine.

RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - Procedencia / ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES - Naturaleza jurídica de estos litigios / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia

En relación con las normas procesales aplicables y el trámite a imprimir a procesos iniciados con base en la acción de controversias contractuales en los cuales se discute el incumplimiento de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y, consecuentemente, se solicita la restitución al arrendador del objeto material del referido vínculo comercial o bien solamente se deprecia la anotada restitución, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido que al no haber sido regulado el proceso de restitución de inmueble arrendado por el Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, teniendo en cuenta la aplicación que del Estatuto Procedimental Civil –C. de P.C.– efectúa

el artículo 267 de la primera de las codificaciones mencionadas en lo relativo a los asuntos en ésta no regulados y siempre que las disposiciones del C. de P.C., resulten compatibles con la naturaleza de las actuaciones que han de surtirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a dichos litigios –de los cuales se ha dicho que se caracterizan por su naturaleza eminentemente ejecutiva–, han de aplicarse las previsiones contenidas en el Régimen Procedimental Civil en punto al procedimiento abreviado, el cual debe seguirse tratándose de la restitución de inmuebles objeto de contratos de arrendamiento. La anotada naturaleza primordialmente ejecutiva del aludido trámite procesal no excluye que, como lo ha indicado autorizada doctrina, con ocasión del mismo puedan ventilarse todas las controversias que puedan dar lugar a la terminación del contrato –y a la consiguiente orden de restitución del inmueble–, conclusión que se desprende no sólo de la regulación que actualmente efectúa el Código de Procedimiento Civil de este tipo de procesos abreviados, sino –especialmente– de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, precepto éste que –no se olvide– es el que consagra la acción cuyo ejercicio ha dado lugar a la iniciación del presente litigio. La cláusula general de competencia que, en materia de controversias de cualquier índole –la ley no establece distinciones en este sentido– derivadas de los contratos estatales, atribuye el párrafo primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, obliga a concluir que esta Jurisdicción es la competente para conocer de procesos en los cuales se discuta si hay lugar, o no, a

declarar judicialmente terminado un contrato de arrendamiento de inmueble en cuya celebración hubiere intervenido como parte una entidad pública y a impartir la consecuente orden de restitución del mismo al arrendador o simplemente a esto último.

CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Contratos de arrendamiento celebrados por las entidades estatales / CLAUSULAS EXCEPCIONALES - Prohibición legal / EFECTOS - Nulidad absoluta de los actos

La estipulación de cláusulas excepcionales en los contratos de arrendamiento celebrados por las entidades estatales comprendidas en el numeral 1° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, a partir de la entrada en vigor de este cuerpo normativo, quedó absolutamente prohibida, por manera que las cláusulas que en tal sentido se incluyeren en un contrato de dicha naturaleza estarán viciadas de nulidad absoluta y, consecuentemente, los actos administrativos que en ejercicio de las potestades reflejadas en las mismas se llegaren a proferir, se hallarán incursos en idéntico defecto, esta vez debido a la falta de competencia, desde el punto de vista material, de cualquier entidad pública para emitir una manifestación unilateral de voluntad productora de los efectos jurídicos a los cuales da lugar el ejercicio de las potestades excepcionales que, se reitera, tratándose de contratos de arrendamiento como el celebrado entre las partes en el presente proceso, se encuentran, de forma expresa e indubitada, prohibidas en la ley.

ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad / NULIDAD - Falta de competencia funcional o por razón de la materia / NULIDAD - Puede ser declarada de oficio / INAPLICACION - Excepción de ilegalidad

Con la expedición de un acto administrativo abiertamente viciado de nulidad por falta de competencia funcional o por razón de la materia, causal de anulación de los actos administrativos que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha llegado a sostener que puede ser declarada de oficio. La llamada “excepción de ilegalidad” es una herramienta de control de la legalidad de los actos administrativos que el ordenamiento ha puesto en manos, exclusivamente, del Juez de lo Contencioso Administrativo, en aquellos eventos en los cuales un acto administrativo resulta contrario a una norma de rango legal, por manera que se dispone su ineficacia dentro de un litigio particular, sin que se produzca pronunciamiento erga omnes en relación con su validez, por no haber sido sometido el asunto a decisión del Juez Administrativo por vía de acción —y de ahí la catalogación de la figura como “excepción”—.

REGIMEN LEGAL - Normatividad aplicable ante ausencia de regulación en el Estatuto de Contratación Estatal / LEGISLACION CIVIL Y COMERCIAL - Distinción / APLICACION LEY COMERCIAL - Cuando el acto sea mercantil para alguna de las partes

En relación con la normatividad aplicable al contrato estatal de arrendamiento de inmueble suscrito entre las partes, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993 no contiene previsiones expresas que regulen el referido tipo contractual, debe darse aplicación a lo normado por el inciso

1 del artículo 13 de dicho Estatuto, por virtud del cual “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. La ausencia de regulación especial de una determinada materia en el Estatuto de Contratación Estatal no autoriza al juez administrativo a acudir, de manera indistinta y a su arbitrio, a las disposiciones comerciales o civiles que se ocupen del tema, toda vez que resulta posible e incluso frecuente encontrar, en los ordenamientos civil y mercantil, de manera simultánea, enunciados normativos diferentes y hasta antagónicos en relación con un mismo asunto; en ese orden de ideas, debe tenerse como regla que a la aplicación de los preceptos mercantiles en los contratos estatales habrá de acudirse cuando el respectivo acto sea también mercantil para alguna de las partes. Como corolario de lo anterior, se tiene que si el respectivo acto puede catalogarse como civil para las partes del correspondiente contrato estatal, en primer término han de consultarse las disposiciones del Código Civil para dirimir bajo su égida cualquier controversia que el convenio suscite y sólo en ausencia de regulación expresa sobre la materia específica dentro de ese cuerpo normativo, en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, será posible, pero entonces por vía de analogía, acudir a las normas de carácter comercial.

RESTITUCION DEL BIEN - Obligación del arrendatario una vez expire el vencimiento del plazo / CONSTITUCION EN MORA DEL ARRENDATARIO - La obligación en restituir el bien objeto del contrato no comporta la constitución en mora respecto del correspondiente deudor / REQUERIMIENTO JUDICIAL - Puede entenderse efectuado con la notificación del auto admisorio de la demanda

La legislación civil (artículo 2008) dispone que el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento, plazo que tiene naturaleza extintiva en relación con el derecho del arrendatario al uso y goce del bien arrendado y suspensiva en lo atinente a la exigibilidad de la obligación, radicada en cabeza del arrendatario, de restituir el bien objeto del contrato una vez acaecido el vencimiento del plazo del mismo. No resulta suficiente el vencimiento del término convenido para que el arrendatario se entienda constituido en mora respecto del cumplimiento de la obligación de restituir la cosa arrendada, en consideración a que el artículo 2007 C.C., expresamente, exige que el arrendador requiera al arrendatario con tal propósito; éste puede entenderse efectuado en los términos del inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, esto es, con la notificación del auto admisorio de la correspondiente demanda.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la no configuración de nulidad procesal por la falta de celebración de audiencia de conciliación judicial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 4 de 2007, rad. 15066. MP. Mauricio Fajardo Gómez. En relación con el principio de convalidación respecto de nulidades procesales, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 19 de febrero de 2008, rad. 2006-00594. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493)

Actor: MUNICIPIO DEL GUAMO

**Demandado: INSTITUTO TECNICO SUPERIOR UNIVERSAL-
UNIVERSITEC LTDA.-**

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 1998 por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

“1°. No prosperan las excepciones propuestas por el apoderado de la demandada.

2°. Niégase la primera de las pretensiones de la demanda.

3°. Ordénase la desocupación y entrega al demandante, del inmueble ubicado en la esquina de la carrera 8 con calle 9 del Guamo, cuyos linderos se indican en la primera de las pretensiones y en el primero de los hechos de la demanda.

4°. Comisionase al Juez Civil del Circuito del Guamo para que practique la respectiva diligencia de restitución del inmueble (lanzamiento), para lo cual se le libraré el respectivo despacho comisorio con los insertos del caso entre ellos copia de la demanda.

5. Condénase en costas al demandado”.

1. ANTECEDENTES

1.1. Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 1997 (fls. 23-25, c.1), a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción

contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el municipio del Guamo (Tolima) instauró demanda encaminada a que se declarara judicialmente terminado el contrato de arrendamiento celebrado el día 2 de enero de 1996 entre el municipio del Guamo (Tolima) y el Instituto Superior Universal "Universitec Ltda."

En consecuencia, como pretensiones de la demanda se solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare judicialmente terminado el contrato de arrendamiento suscrito entre el municipio del Guamo y el Instituto Superior Universal "Universitec Ltda.", como consecuencia del no pago, por parte de la sociedad demandada, de los cánones mensuales convenidos en el contrato de arrendamiento.
2. Que se ordene al Instituto Superior Universal "Universitec Ltda.", restituir el inmueble objeto de arrendamiento a la parte actora y propietaria del mismo.
3. Que se comisione al funcionario competente para practicar la diligencia de lanzamiento, en caso de que la parte demandada no de cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior.
4. Que se condene al Instituto Superior Universal "Universitec Ltda.", al pago de las costas del proceso.

1.2. Los hechos.

Se narra en la demanda que el día 2 de enero de 1996 el municipio del Guamo suscribió un contrato de arrendamiento por un término de doce meses, cuyo objeto material lo constituía el "Hotel Lemaya del Guamo Ltda.", de propiedad del actor; que se fijó como canon mensual la suma de un millón cuatrocientos sesenta mil pesos (\$1'460.000.00), la cual debía cancelar el arrendatario dentro de los diez primeros días de cada mes en la Tesorería Municipal del municipio del Guamo.

Continúa el actor indicando que el demandado incumplió la referida obligación de pagar la renta en los términos y condiciones establecidos en el contrato en cuestión y que hasta la fecha en la cual fue presentada la demanda adeudaba la suma de treinta y tres millones quinientos ochenta mil pesos (\$ 33'580.000.00) por dicho concepto; así las cosas, por haberse configurado la mora descrita, mediante Resolución No. 758 fechada el día 16 de julio de 1997 y expedida por la Alcaldía del municipio del Guamo, fue declarado el incumplimiento del aludido contrato de arrendamiento y se ordenó su liquidación.

Finaliza el relato de los hechos de la demanda con la afirmación de que Universitec Ltda., no ha cancelado las facturas de los servicios públicos domiciliarios de energía, agua y alcantarillado correspondientes al inmueble objeto del contrato de arrendamiento antes referido, ni cumplió

con las obligaciones tributarias a su cargo por razón del aludido vínculo contractual.

1.3. Trámite de la primera instancia.

La sociedad demandada dio contestación al libelo introductorio del proceso (fls. 62-66, c.1) y en el escrito correspondiente se opuso a las pretensiones formuladas en aquél, por entender que no le asiste causa y derecho al accionante para incoarlas; de igual manera, formuló dos excepciones de mérito que se sustentan en la inexistencia de la causa para ejercer la acción, de un lado y, de otro, en el pago, como quiera que —según lo expresó la demandada— hasta la fecha de la presentación de la demanda canceló la totalidad de los cánones de arrendamiento causados, como lo acreditan los recibos de pago expedidos por la Electrificadora del Tolima S.A., y por la Caja Agraria —sucursal Guamo; en consecuencia, a juicio de la sociedad accionada el demandante carece de causa para ejercer la acción de restitución de inmueble arrendado si se tiene en cuenta que no se configura causal alguna para solicitarla.

Una vez expirado el período probatorio y corrido el traslado tanto a las partes para alegar de conclusión como al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la primera instancia (fl. 116, c.1), se pronunció la parte actora (fls. 138-140, c.1) con el fin de reiterar su *petitum* comoquiera que —según lo sostuvo— en el contrato se estipuló la forma y el lugar de pago, no obstante lo cual la sociedad demandada los desconoció, por manera que debe concluirse que no ha existido el aludido pago.

La sociedad demandada (fls. 117-118, c.1), a su vez, después de llevar a cabo un análisis del material probatorio obrante en el encuadernamiento con el propósito de examinar la forma en la cual ocurrieron los hechos que dieron lugar al litigio, concluyó que deben denegarse las súplicas de la demanda habida cuenta de que, a su entender, se encuentra plenamente demostrado el cumplimiento en el pago de los cánones supuestamente adeudados; de igual forma, indicó la accionada que la única razón que explica las consignaciones efectuadas en favor de la Electrificadora del Tolima fue el acuerdo verbal realizado entre el Alcalde del municipio del Guamo y el representante legal de “Universitec Ltda.”, para abonar los cánones causados en ejecución del contrato de arrendamiento del inmueble multicitado, a la deuda contraída por el municipio del Guamo con la mencionada Electrificadora por la prestación del servicio de energía al inmueble en el cual opera el “Hotel Lemaya del Guamo Ltda.”, con anterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento cuyo alegado incumplimiento ha dado lugar a la presente litis.

En esta etapa procesal el Ministerio Público guardó silencio.

1.4. La sentencia apelada.

El *a quo*, tras efectuar tanto un recuento como el correspondiente análisis del caudal probatorio recaudado en el plenario, declaró la

improsperidad de las excepciones presentadas por la sociedad demandada y acogió parcialmente de las pretensiones de la demanda.

El Tribunal de primera instancia desestimó las excepciones interpuestas por la accionada argumentando que ésta no cuestionó la validez del acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato y decretó su liquidación, razón por la cual, en criterio del *a quo*, la decisión en comento se encuentra amparada por la presunción de legalidad que cobija a todos los actos administrativos.

Por otra parte, consideró el Tribunal Administrativo del Tolima que no le asiste razón al actor al pretender que por vía judicial se declare la terminación del contrato de arrendamiento celebrado por las partes habida cuenta de que éste fue terminado por vía administrativa y al no haber sido discutido por el demandado el acto administrativo que decretó la extinción del vínculo contractual, debe entenderse que la resolución administrativa correspondiente—Resolución No. 758 fechada el día 16 de julio de 1997— se encuentra en firme; en ese orden de ideas —agrega el Tribunal de primera instancia— resulta imperativo para las autoridades competentes ejecutar la orden impartida en el plurimencionado acto administrativo.

Adicionalmente, sostiene el Tribunal *a quo* que aunque en gracia de discusión se admita que el pago de los cánones de arrendamiento efectivamente se produjo, a pesar de no haberse realizado en el lugar estipulado en el contrato, debe igualmente tomarse en consideración que la sociedad demandada no logró controvertir la afirmación realizada por el municipio actor en el sentido de que aquélla incumplió con la obligación radicada en cabeza suya, consistente en cancelar las facturas originadas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios al inmueble objeto del vínculo contractual, toda vez que no consta en el plenario medio probatorio alguno que corrobore la realización de los pagos cuya insatisfacción aduce la entidad territorial demandante; por consiguiente, concluyó el sentenciador de primera instancia que la obligación en cabeza de Universitec Ltda., consistente en atender el pago de las respectivas facturas derivadas de la prestación de los mencionados servicios públicos domiciliarios, no fue satisfecha y, en consecuencia, ordenó a la accionada restituir a la parte actora el inmueble arrendado.

1.5. Solicitud de nulidad presentada por la sociedad demandada.

Mediante memorial presentado el día 19 de octubre de 1998, la parte demandada solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el presente proceso a partir del momento en el cual fue proferida la sentencia de primera instancia, inclusive, por considerar que el *a quo* omitió la obligación de fijar fecha para la celebración de audiencia de conciliación y, en consecuencia, omitió términos u oportunidades para pedir y/o practicar pruebas necesarias para establecer los supuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio, situación que –en criterio del apoderado de la sociedad accionada– de conformidad con lo preceptuado por el numeral 6° del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, constituye causal de nulidad.

Atendiendo al anterior pedimento, mediante auto calendado el día 3 de diciembre de 1998, el Tribunal del Tolima resolvió desfavorablemente la solicitud de nulidad promovida por la parte demandada, por considerar que dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado no cabe la realización de conciliación judicial, toda vez que el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 restringe la necesidad de agotar dicha instancia procesal a los juicios instruidos con ocasión del ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Inconforme con la decisión adoptada en el referido auto, la sociedad demandada interpuso recurso de apelación por considerar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65, 66, 67, 70 y 101 de la Ley 446 de 1998, la realización de audiencia de conciliación resulta perentoria en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; el medio impugnatorio en cuestión fue concedido por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto fechado el 19 de febrero de 1999.

1.6. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Inconforme con el sentido del fallo de primera instancia, la parte demandada interpuso, también contra éste, el recurso de apelación, medio impugnatorio que sustentó oportunamente y en debida forma (fls. 179-181, c. principal), concretando los motivos de su censura en los siguientes argumentos:

- a) El Tribunal Administrativo de Tolima, en forma errónea —según lo entiende el recurrente— tramitó y falló un proceso de restitución de inmueble arrendado, si se tiene en cuenta que no tenía competencia para conocer del mismo comoquiera que el objeto de la litis había sido resuelto previamente en vía gubernativa con el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contratista y ordenó la liquidación del contrato suscrito entre el municipio del Guamo y la sociedad Universitec Ltda.
- b) Agrega que el *a quo* reconoció el pago de los cánones supuestamente adeudados y, pese a ello, ordenó la restitución del inmueble por considerar que la sociedad demandada se encontraba en mora frente al pago de los servicios públicos, mora que —a juicio del apelante— no constituye razón suficiente para ordenar la restitución del inmueble.
- c) El Tribunal de primera instancia, en opinión del impugnante, inobservó lo preceptuado por el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste que le impone al Juez el deber de agotar todos los medios existentes que le permitan establecer la verdad, pues en el caso *sub judice* el Tribunal *a quo* no decretó de manera oficiosa las pruebas que hubiese estimado necesarias para determinar con claridad meridiana la mora en la cual supuestamente estaba incurso la demandada, máxime si se tiene en cuenta que dicha sociedad ha cubierto en forma periódica y puntual los pagos por concepto de servicios públicos.

d) El Tribunal de primera instancia, a juicio del recurrente, sustentó la orden que impartió en el sentido de imponer la entrega del inmueble arrendado en la supuesta mora en el pago de los servicios públicos prestados al mismo, sin que la entidad demandante hubiese requerido judicialmente a la sociedad Universitec Ltda., para que satisficiera las obligaciones que tuviere pendientes por dicho concepto, razón por la cual concluye el apelante que no debió reconocerse vocación de prosperidad a las pretensiones de la demanda habida cuenta de la inexistencia de causa para el ejercicio de la acción.

Asimismo, el recurrente se pronunció frente al recurso de apelación por él interpuesto en contra del auto calendado el día 3 de diciembre de 1998, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima se negó a declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, tal como lo solicitó el apoderado del extremo demandado fundamentándose en la falta de celebración de audiencia de conciliación, a su entender obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, precepto éste que resulta aplicable al caso *sub judice* si se tiene en cuenta que –según lo indicó el apelante– el presente es un proceso de restitución de inmueble arrendado.

1.7. Trámite de la segunda instancia.

El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia fue concedido mediante providencia calendada el 19 de febrero de 1.999 (fl. 170-171, c. 1) y admitido a través de auto de fecha 12 de agosto de la misma anualidad (fl. 183, *ídem*). Una vez se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia (fl. 185-186, *ibídem*), se pronunció el Ministerio Público (fls. 189-200, *ibídem*). Las partes actora y demandada, en esta etapa procesal, guardaron silencio.

El Ministerio Público le solicitó al *ad quem* confirmar la sentencia recurrida habida cuenta de que –en su criterio– se encuentra fuera del alcance del proceso objeto de estudio en el presente proveído, analizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, pues dicha situación fue resuelta en sede gubernativa mediante la expedición del acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato y dispuso su liquidación, acto que se encuentra amparado por la presunción de legalidad dado que la sociedad demandada no acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el propósito de solicitar la anulación de la resolución respectiva.

En cuanto a la solicitud de nulidad procesal formulada por la parte demandada, manifiesta la Vista Fiscal que la irregularidad en la cual se hubiere podido incurrir en la primera instancia se encuentra saneada, habida cuenta de que el apoderado de “Universitec Ltda.”, no impugnó oportunamente el auto que dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión ante el *a quo*, momento en el cual se debió manifestar la correspondiente inconformidad si se tiene en cuenta que la audiencia de conciliación debía celebrarse una vez expirado el período probatorio y antes de correrse el mencionado traslado para alegar de

conclusión; en consecuencia, la Agencia del Ministerio Público solicitó a esta Sala abstenerse de decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en el cual se profirió la sentencia de primera instancia, según lo deprecado por la sociedad accionada.

En este estado del litigio procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1. Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del presente proceso, resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Determinar si las actuaciones adelantadas en el proceso *sub examine* a partir de la adopción de la sentencia de primera instancia, incluida ésta, se encuentran afectadas de nulidad debido a la falta de realización de audiencia de conciliación, de acuerdo con lo alegado por la parte demandada.

(ii) Establecer si esta Sala cuenta con competencia, o no, para pronunciarse de fondo en relación con la cuestión litigiosa objeto del presente proceso, habida consideración de la naturaleza jurídica del mismo. La dilucidación de este extremo precisará la realización de un análisis en torno a la legalidad del acto administrativo mediante el cual el municipio del Guamo declaró la caducidad del contrato de arrendamiento cuyo alegado incumplimiento dio lugar al presente litigio y a establecer la conexión entre las conclusiones a las cuales a este respecto se arribe y la primera de las pretensiones formuladas por la parte actora en el libelo introductorio de la contienda.

(iii) Analizar, con fundamento en una previa relación del material probatorio que obra en el plenario, si se produjo, o no, el incumplimiento contractual alegado por la entidad territorial demandante y si, en consecuencia, resulta procedente declarar judicialmente terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre aquélla y la sociedad accionada para, como corolario de ello, determinar la procedencia de ordenar la restitución al arrendador –esto es, al municipio del Guamo– del inmueble arrendado.

2.2. La solicitud de nulidad procesal presentada por la parte demandada.

La sociedad demandada solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del momento en el cual se profirió la sentencia de primera instancia, por considerar que el *a quo* habría omitido los términos para pedir o practicar pruebas o para

formular alegatos de conclusión, habida cuenta de que, a juicio del recurrente, habrían sido inobservados los mandatos contenidos en los artículos 104 de la Ley 446 de 1998 y 75 de la Ley 80 de 1993, toda vez que el fallador de primera instancia no dispuso la celebración de audiencia de conciliación una vez expiró el período probatorio dentro del proceso y con antelación al proferimiento del auto mediante el cual se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

No está de más señalar que resulta oportuno, pertinente y necesario resolver la anotada solicitud de nulidad de parte de lo actuado, en el actual momento procesal, con fundamento, al menos, en tres consideraciones: (i) la aplicación del principio de economía procesal, en virtud del cual debe propenderse por la obtención de decisiones de fondo con la menor inversión de tiempo y de recursos posible, postulado que desaconsejaría que, en este estado de avance del litigio, fuese desatada de manera singular la petición de nulidad en comento para, a continuación, surtir el correspondiente procedimiento de notificación de la providencia respectiva y, en su caso, reingresar el proceso al Despacho para elaborar proyecto de fallo y someterlo a consideración de la Sala; lo anterior si se tiene en cuenta, adicionalmente, que (ii) contra la providencia que resuelve la solicitud de nulidad procesal en segunda instancia no procede recurso alguno y sin perder de vista, por último, que (iii) dilucidar este punto se constituye en presupuesto para poder proferir pronunciamiento de fondo que ponga final al pleito.

En el anterior orden de ideas y con el fin de zanjar el anotado extremo de la litis, resulta menester realizar una interpretación sistemática de lo normado por los artículos 70 y 104 de la Ley 446 de 1998 y 75 de la Ley 80 de 1993. El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 59 de la Ley 23 de 1991, establece lo siguiente:

“Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1°. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2°. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”⁴⁷.

⁴⁷ Aunque no resulta necesario detenerse en este asunto, comoquiera que no constituye materia de examen en el presente proceso, sí conviene señalar que la proscripción de la conciliación en materia tributaria, establecida en el parágrafo segundo del precepto en cita, ha sido flexibilizada a través de normas expedidas con posterioridad a la vigencia de aquél, como es el caso de lo dispuesto por los artículos 38 y 39 de la Ley 788 de 2002; 98 y 99 de la Ley 863 de 2003 y 54 y 55 de la Ley 1111 de 2006.

A su vez, el artículo 104 de la referida Ley, a propósito de la procedencia y solicitud de la audiencia de conciliación en materia contencioso administrativa, dispone lo siguiente:

“La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso.

En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo” (subraya la Sala).

Por último, el artículo 75 de la ley 80 de 1993, en su párrafo primero, determina:

“Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias” (subraya la Sala).

Referidas las disposiciones legales aplicables a la conciliación judicial en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los cuales se ventilen controversias contractuales, salta a la vista, tras una simple lectura de las mismas, la existencia de una antinomia, cuando menos aparente, en relación con la titularidad de la iniciativa para provocar la celebración de la audiencia de conciliación, de un lado y, de otro, respecto de la obligatoriedad de agotar dicha etapa en todo proceso adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que verse sobre asuntos contractuales.

Lo anterior por cuanto mientras que el artículo 104 de la Ley 446 de 1998 da a entender que la iniciativa para solicitar la realización de la varias veces mencionada audiencia concierne a las partes y, adicionalmente, que no resulta imperativa su realización —por manera que las partes perfecta y válidamente pueden prescindir de efectuar la correspondiente petición de convocatoria—, en dirección diversa parece marchar lo establecido por el párrafo 1 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, precepto cuya redacción llama al entendimiento consistente en la radicación de la antecitada iniciativa para la fijación de la fecha para la celebración de la audiencia en cabeza del juez, iniciativa que respondería —al tenor del artículo 75 traído a colación— al ejercicio de una facultad eminentemente reglada, toda vez que el talante imperativo del enunciado normativo en comento no da lugar a entender que el funcionario judicial tenga atribuida la potestad de valorar si convoca, o no, la realización de la aludida diligencia, sino que el juez *debe* citar, en todos los casos, a las partes para surtirla, una vez agotado el período probatorio dentro del proceso.

Sin embargo, aplicando las herramientas hermenéuticas de las cuales dota al intérprete el propio ordenamiento jurídico para resolver este tipo de conflictos entre normas, se tiene que según los criterios temporal y de especialidad normativa –consagrados en los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, respectivamente–, la colisión que se acaba de poner de presente puede superarse de la siguiente manera: en primer término, en virtud del criterio temporal, la Ley 446 de 1998 es posterior a la Ley 80 de 1993, por manera que las previsiones contenidas en aquélla deben prevalecer respecto de las incluidas en ésta y, en segundo lugar, las disposiciones contenidas en la Ley 446 de 1998, en cuanto tienen que ver con la política de Estado, los programas y los mecanismos a través de los cuales se propende por la descongestión de los despachos judiciales y la solución alternativa de conflictos —uno de los cuales es, precisamente, la conciliación— resulta claramente especial frente a la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de las entidades del Estado.

Pero más allá de la solución que posibilitan los dos aludidos criterios generales de hermenéutica jurídica y de conformidad con los cuales, entonces, queda claro que las previsiones contenidas en el artículo 104 de la Ley 446 de 1998 han de ser aplicadas de preferencia respecto de las incluidas en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 en cuanto atañen a las particularidades de la conciliación como etapa procesal en los juicios adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala ha hecho alusión, al menos, a otros dos parámetros adicionales de interpretación a tener en cuenta en relación con la operatividad de la conciliación como mecanismo a través del cual obtener mayores cotas de pronta, cumplida y efectiva justicia:

a. La conciliación judicial constituye un mecanismo al cual es posible —que no imperativo— acudir con el propósito de materializar principios como los de eficacia, eficiencia y economía en la Administración de Justicia; por consiguiente, mal podría atribuírsele a la omisión de la misma, cuando el proceso se encuentra en un grado de avance tal que lo único que resta es proferir la decisión de fondo definitiva, la virtualidad de imponer la retroacción de todo lo actuado hasta el momento de celebrar la audiencia respectiva, sin que exista atisbo alguno de ánimo conciliatorio en las partes dentro de la litis. Semejante comprensión desvirtuaría la esencia y los propósitos de la figura, entorpecería la prestación del servicio y alejaría a los ciudadanos de la efectividad de su derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 228 constitucional⁴⁸.

⁴⁸ En el anotado sentido, esta Sala ha expresado lo siguiente:

“Finalmente, en cuanto tiene que ver con la solicitud de audiencia de conciliación formulada por la apoderada de la entidad demandada mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 1.998, estima la Sala que la circunstancia de no haberse llevado a cabo este nuevo intento conciliatorio no impide proferir sentencia de mérito que resuelva el grado jurisdiccional de consulta, por las siguientes dos razones:

a. Por una parte, la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que tiene por objeto garantizar la efectividad de principios de raigambre constitucional como la economía procesal y la pronta y cumplida administración de justicia, así como evitar las demoras y los costos que para las partes se derivan del proceso judicial, al igual que procurar la descongestión del aparato jurisdiccional. Sin embargo, cuando un expediente se encuentra al despacho del juez competente

b. Añádase a lo anterior que la Exposición de Motivos de la Ley 446 de 1998 fue enfática en señalar que el propósito de dicho cuerpo normativo consiste en propender por la realización de los principios de eficiencia y celeridad en la prestación del servicio de Administración de Justicia, lo cual, sin poder llegar a convertirse —por supuesto— en una patente de corso para que con un espíritu eficientista y desde una perspectiva meramente economicista se avasallen los derechos fundamentales y/o las relaciones o situaciones jurídicas sustanciales de las cuales son titulares los ciudadanos, sí determina que cualquier duda interpretativa que la normatividad introducida por la mencionada Ley 446 de 1.998 suscite, debe despejarse optando por la alternativa hermenéutica que resulte más proclive a la materialización de los principios constitucionales y legales y de los objetivos recién referidos⁴⁹”.

para proferir fallo y se dan los elementos necesarios para que el mismo resuelva de fondo la controversia planteada, las mencionadas finalidades de la instancia conciliatoria pueden ser satisfechas por el pronunciamiento judicial definitivo, mientras que, en cambio, postergar la adopción de éste con el pretexto de dar lugar a la celebración de una audiencia —previa constatación, más de ocho años después de surtida la última actuación procesal, del ánimo conciliador de las partes— de incierto resultado, supondría dilatar, aún más, la materialización del derecho al acceso a la Administración de Justicia de los coasociados —que incluye el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo— y desatender los mencionados propósitos en los cuales se inspira la propia implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

b. De otro lado, la realización de la audiencia de conciliación dentro del proceso judicial ya en curso, en la segunda instancia, no ha sido establecida en la ley como presupuesto de procedibilidad de una decisión de fondo sobre el litigio ventilado ante las autoridades judiciales —artículos 43 a 45 de la Ley 640 de 2.001—. En materia contencioso administrativa, la Ley 640 de 2.001 dispuso —artículos 35 y siguientes— que la realización de audiencia de conciliación constituiría requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción, lo cual únicamente sería aplicable una vez que concurrieren las circunstancias descritas en su artículo 42 transitorio, pero hasta el momento ello no ha tenido lugar. Por tanto, nada impide a la Sala proferir sentencia de mérito aunque no se realice audiencia de conciliación en la segunda instancia, más aún si se tiene en cuenta que, en el sub lite, ya ante el Tribunal a quo se llegó a un acuerdo conciliatorio parcial, debidamente aprobado mediante auto en el cual se dispuso seguir adelante con el proceso en relación con los extremos de la litis que no fueron conciliados”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2.007; Radicación No.: 23001-23-31-000-7616-01; Expediente No. 15.066.

⁴⁹ En la dirección anotada, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

“En apoyo de la posición que en relación con este extremo asume la Sala, además de la razón derivada de la interpretación exegética del artículo 57 de la Ley 446 de 1.998 militan, cuando menos, dos argumentos adicionales:

(i) La Ley 446 de 1998 es un cuerpo normativo expedido con el claro propósito de propender, entre otros objetivos, por la mayor agilidad —celeridad— y eficacia de la Administración de Justicia. Así se desprende, de forma palmaria, de los planteamientos consignados en su Exposición de Motivos, en la cual puede leerse lo siguiente:

«En efecto, resulta posible pensar que muchas personas, para quienes la justicia tradicional no actúa de manera ágil y efectiva o no responde eficazmente a su necesidad de solucionar problemas de carácter jurídico, acudan a soluciones ajenas a la institucionalidad y, en muchas ocasiones, generadoras de mayores conflictos. Por lo anterior, se evidencia la necesidad, cada vez mayor, de dotar al Estado y a los particulares de medios que les permitan encarar sus conflictos en forma más positiva, ya que, desde antiguo se ha reafirmado que la ley del talión no debe encontrar eco dentro de las sociedades civilizadas.

(...)

Por tal virtud, se deben adoptar nuevos mecanismos que conjuen los fines esenciales del Estado con las garantías consagradas en favor de todos los ciudadanos y en favor de la eficiencia que debe caracterizar a la Administración de Justicia.

(...)

Los argumentos hasta ahora expuestos permiten arribar a las siguientes conclusiones: **(i)** la conciliación judicial tiene cabida en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general y en los relativos a controversias contractuales, en particular; **(ii)** la convocatoria a la audiencia de conciliación tendrá lugar a solicitud de alguna de las partes o de común acuerdo, una vez haya expirado el período probatorio en la primera instancia y, en segunda instancia, en cualquier momento antes de que sea resuelto el recurso de apelación; **(iii)** la conciliación solicitada de común acuerdo procede en cualquier estado del proceso; **(iv)** la fijación de fecha, por parte del juez, para la celebración de audiencia de conciliación en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 104 de la Ley 446 de 1998, está supeditada a la solicitud que en tal sentido le formulen las partes de común acuerdo o le eleve alguna de ellas, razón por la cual no tiene el juez, de conformidad con lo previsto por la citada norma aplicable en esta materia a asuntos como el *sub judice*, la carga imperativa de disponer, oficiosa y/u obligatoriamente, la realización de audiencia de conciliación.

Descendiendo al caso concreto, brilla por su ausencia en el presente encuadernamiento memorial alguno presentado ora por el apoderado del Municipio del Guamo, bien por el de la sociedad arrendataria demandada, en el cual alguno de ellos hubiere solicitado al Tribunal de primera instancia la fijación de la fecha para la celebración de audiencia de conciliación; de igual forma, no existe material acreditativo dentro del plenario que permita constatar la existencia del supuesto ánimo conciliatorio aducido por la parte demandada en los escritos de sustentación de sus recursos de apelación, máxime si se toma en

Siguiendo este derrotero, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, fijó dentro de los principios que han de regir esta función pública los siguientes:

(...)

- La celeridad.

Según el cual la Administración de Justicia debe ser pronta y cumplida, lo que implica que los Jueces deben resolver de manera imparcial, efectiva y diligente de las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento, en los precisos términos y oportunidades que señala el ordenamiento. Es, pues, el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos tal como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política.

- La eficiencia.

Bajo el entendido de que, además de la observancia de los términos señalados en la ley —celeridad—, los jueces deben ser diligentes en la sustanciación de los procesos y atender con calidad y efectividad los asuntos a su cargo».

En consonancia con lo anterior, cualquier duda interpretativa que la normatividad introducida por la Ley 446 de 1.998 suscite, debe despejarse optando por la alternativa hermenéutica que resulte más proclive a la materialización de los objetivos recién referidos, lo cual, tratándose de la regulación que el antecitado artículo 57 del cuerpo normativo en mención efectúa del grado jurisdiccional de consulta, conduce al juzgador a interpretarla de manera que dicho trámite procesal solamente debe surtirse en los precisos términos y en las estrictas condiciones señaladas por la norma, pues, en los demás eventos, deben hacerse prevalecer la agilidad en la instrucción del expediente y la eficiencia en la decisión de fondo de los asuntos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008); Radicación No.: 85001 23 31 000 1998 0061 01; Expediente No. 16.739.

consideración que la sociedad arrendataria se abstuvo de solicitar la fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación en segunda instancia, la cual, de conformidad con lo normado por el plurimencionado artículo 104 de la Ley 446 de 1998, puede ser promovida por cualquiera de las partes en todo momento antes de ser proferido el fallo, proceder éste que, dicho sea de paso, habría resultado idóneo y razonable si verdaderamente asistiese el ánimo de conciliar y no el cauce aquí elegido por la sociedad accionada, consistente en promover una declaratoria de nulidad procesal —a la cual se opuso, por lo demás, la parte actora (fls. 8-9, c.3), circunstancia que abunda en argumentos para evidenciar la falta real de ánimo conciliatorio— que lejos de promover la efectividad de los principios de eficacia, eficiencia y economía en la Administración de Justicia, los haría absolutamente nugatorios.

En consecuencia, resulta forzoso concluir que no se encuentran configurados los presupuestos de la causal de nulidad procesal invocada por la parte demandada —según la cual el Tribunal de primera instancia habría omitido los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular los alegatos de conclusión— si se tiene en cuenta que el decreto y la práctica de pruebas previstos en el artículo 76 de la Ley 446 de 1998⁵⁰ se encuentra supeditado a que —según se acaba de explicar— las partes de común acuerdo o alguna de ellas hubieren solicitado el señalamiento de fecha para la realización de la audiencia de conciliación, cosa que, como también antes se indicó, no está probado que hubiere ocurrido en el caso *sub examine*.

Adicionalmente a lo hasta ahora explicado en torno a este extremo de la litis y aunque en gracia de discusión se admita que la omisión traída a cuento por la parte demandada constituye una causal de nulidad procesal —lo cual, por las razones ya explicadas, no ocurre—, no puede perderse de vista que la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento —al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal— se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas dentro del litigio, cuyo vencimiento determina su preclusión, de suerte que la falta de invocación del yerro del cual se trate por parte del afectado como consecuencia del mismo, supone la convalidación de la actuación, saneamiento que puede darse ora por virtud de la manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada, bien en atención a la tácita constatación de dicha aquiescencia, como ocurre en los eventos en los cuales quien pudiere aducir alguna afectación derivada de la irregularidad correspondiente, realiza actuaciones posteriores al advenimiento de la misma, sin alegarla.

⁵⁰ El artículo referido fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001; sin embargo, la solicitud de nulidad en cuestión fue propuesta durante la vigencia del artículo 76 de la Ley 446 de 1998. En ese orden ideas, el estudio de la nulidad debe realizarse con base en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 446, habida cuenta de que la alegada nulidad se sustenta en su inobservancia. La redacción original del citado artículo 76 era la siguiente: “*En desarrollo de la audiencia de conciliación el Juez de oficio, o a petición del Ministerio Público, decretará las pruebas necesarias para establecer los supuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas tendrán que ser practicadas dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación. En las audiencias de conciliación prejudicial este término se entiende incluido dentro del término de suspensión de la caducidad*” (subraya la Sala).

Por tal razón, el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil dispone que no pueden alegarse las causales de nulidad previstas en los numerales 5 a 9 del artículo 140 de dicha Codificación, si quien está legitimado para hacerlo ha actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla, máxime si se tiene en consideración que existe disposición procesal expresa en virtud de la cual las demás irregularidades que se configuren dentro del proceso, distintas de las consagradas en los numerales 1 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., “... se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece” (parágrafo del artículo 140 del C. de P. C.)⁵¹. La expuesta es la posición que, en torno a este asunto, ha asumido la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, como de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional:

“A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, importa destacar que el mismo se encuentra orientado, entre otros, por los principios de *i) taxatividad o especificidad* y de *ii) convalidación o saneamiento*, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador —única autoridad, junto con el Constituyente claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad—, y, por razón del segundo, que las causales de nulidad que no se propongan o no se aleguen en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, desaparecen por razón de su saneamiento.

A propósito de estas materias se han realizado múltiples desarrollos jurisprudenciales; así por ejemplo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 5 de 1974, puntualizó:

“(...) el legislador de 1970, adoptó como principios básicos reguladores del régimen de nulidades procesales, los de la especificidad, protección y convalidación. Fúndase el primero en la consagración

⁵¹ En este sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de diciembre doce (12) de dos mil siete (2007); Radicación No. 230012331000200100597 01 (32.734); Actor: Valentín Francisco Álvarez Bertel. En dicho proveído, adicionalmente, se indicó: “La doctrina ha señalado que la convalidación de las nulidades puede ser expresa o tácita; en cuanto a la segunda, la cual operó en el presente caso, “ocurre cuando la persona beneficiada con la nulidad, esto es, que puede alegarla, no la propone dentro del término que al efecto señala la ley” — AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derechos Procesal civil. Tomo I teoría general del Proceso*. Editorial Temis Bogotá, 1993. P 287.—.

En relación con la legitimación para alegar las nulidades de carácter saneables, esta Sección del Consejo de Estado ha dicho:

“La legitimación para alegar las causales de nulidad saneables es derivación lógica de los principios de protección y convalidación adoptados por el legislador como reguladores del régimen de nulidades procesales. Efectivamente, el principio de protección determina que la finalidad de dichas nulidades es proteger a la parte cuyo derecho resulta violado por causa de la irregularidad, de donde surge el segundo de los principios -el de convalidación-, de acuerdo con el cual, la mayoría de las nulidades desaparecen del proceso por virtud del consentimiento expreso o tácito del perjudicado con el vicio. Es el afectado, entonces, quien tiene capacidad para disponer la suerte de los actos anulables, pues son sus derechos los que resultan comprometidos con ocasión de los mismos” — Ver sentencia de noviembre 14 de 2002, exp. 16.820; M.P. Dr. Alier E. Hernández E.—”.

*positiva del criterio taxativo, conforme al cual no hay irregularidad capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley específica que la establezca; consiste el segundo en la necesidad de establecer la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y radica el tercero en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio*⁵². (Subrayas del original).

(...)

Y en cuanto se refiere al también mencionado principio de *convalidación* o *saneamiento*, singularmente ilustrativo resulta el pronunciamiento que efectuó la misma Corte Constitucional en su sentencia C-372 de agosto 13 de 1997, según los siguientes términos⁵³:

(...)

“En segundo término, la Corte no puede prohijar la interpretación de la demanda, que insinúa que el efecto ordinario de la cosa juzgada dejó de existir con base en la alegación de la nulidad del artículo 29 de la Constitución, pues ésta, por ser de raigambre constitucional, prácticamente en cualquier tiempo, prevalece sobre cualquier consideración, incluidas las sentencias ejecutoriadas. La razón de la discrepancia es también el adecuado entendimiento de la seguridad jurídica, la lealtad procesal y el debido proceso, el cual enseña que los procesos tienen etapas, que en ellos se da el fenómeno de la preclusión, y que pasada la oportunidad de plantear una nulidad, ésta debe considerarse saneada o superada habida cuenta de la negligencia de la parte interesada”.

Esos aspectos generales que se dejan expuestos en relación con la estructura del régimen relativo a las nulidades procesales encuentran complemento necesario en el señalamiento igualmente exacto y concreto que la propia ley realiza acerca de los únicos eventos en los cuales no es posible sanear los vicios que están llamados a afectar la validez de las actuaciones procesales (artículo 144, inciso final, C. de P. C.), cuestión que, como excepción a la regla de la convalidación, sólo puede predicarse respecto de las causales comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 140 del estatuto procesal civil, las cuales dicen relación con: **a)**- La falta de jurisdicción (artículo 140-1); **b)**- La falta de competencia funcional (artículo 140-2); **c)**- El desconocimiento de providencia ejecutoriada proveniente del superior, la reanudación de un proceso legalmente concluido o la pretermisión íntegra de la respectiva instancia (artículo 140-3), y **d)**- La tramitación de la demanda por proceso diferente al que corresponde (artículo 140-4).

Las demás causales de nulidad procesal, esto es las que se encuentran consagradas dentro de los numerales 5 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., son subsanables, cuestión que debe tenerse por cumplida *“Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente”* (artículo 144-1, C. de P. C.), hipótesis que guarda total armonía con la norma procesal, igualmente imperativa, de orden público y de derecho público (artículo 6 C. de P. C.), en virtud de la cual se niega

⁵² Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 5 de 1974; M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén.

⁵³ Nota original de la sentencia citada: Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía; actor: Jorge Luis Pabón Apicella; exp. D-1530.

categoricamente la posibilidad de alegar cualesquiera de la causales de nulidad saneables "... [a] *quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla*" (artículo 143, inciso 6, C. de P. C.), amén de la disposición procesal que determina que las demás irregularidades que se configuren dentro del proceso, distintas de las consagradas en los numerales 1 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., "... *se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece*" (parágrafo, artículo 140, C. de P. C.).

De ello se desprende, de manera diáfana, que la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento –al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal–, es una posibilidad que se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas procesales cuyo vencimiento determina su preclusión, a lo cual debe agregarse que dicho saneamiento supone la convalidación de la actuación lo cual puede darse bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada o bien por consentimiento tácito, como el que corresponde a la realización de actuaciones posteriores sin alegación de la nulidad correspondiente⁵⁴.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad procesal solicitada por la parte demandada.

2.3. La competencia de la Sala para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.

2.3.1. Sobre la competencia para conocer de y el trámite a imprimir a los procesos en los cuales se debate la terminación de contratos estatales de arrendamiento de inmuebles y/o la restitución del inmueble arrendado.

Toda vez que se ha afirmado o dado a entender, en diferentes momentos y por parte de varios de los sujetos procesales intervinientes en la litis, que el presente proceso es un juicio de "restitución de inmueble arrendado" y que el Tribunal *a quo* accedió a tramitarlo careciendo de competencia para el efecto toda vez que el municipio del Guamo ya había finiquitado el vínculo contractual que unía a las partes –al proferir la resolución N° 758 de 16 de julio de 1997, mediante la cual declaró el incumplimiento del respectivo contrato de arrendamiento y lo "terminó unilateralmente"–, conviene precisar cuál es la naturaleza jurídica de litigios como el *sub judice*, el cual ha sido iniciado en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Pues bien, en relación con las normas procesales aplicables y el trámite a imprimir a procesos iniciados con base en la acción de controversias

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de febrero diecinueve (19) de dos mil ocho (2008), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente No: 110010315000200600594 00; Actor: Dora Isabel Peña Rey y otros. En idéntica dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 880012331000199600063 01 (15.779); Demandante: Germán Emilio Otero y otros.

contractuales en los cuales se discute el incumplimiento de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y, consecuentemente, se solicita la restitución al arrendador del objeto material del referido vínculo comercial o bien solamente se deprecia la anotada restitución, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido que al no haber sido regulado el proceso de restitución de inmueble arrendado por el Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, teniendo en cuenta la aplicación que del Estatuto Procedimental Civil –C. de P.C.– efectúa el artículo 267 de la primera de las codificaciones mencionadas en lo relativo a los asuntos en ésta no regulados y siempre que las disposiciones del C. de P.C., resulten compatibles con la naturaleza de las actuaciones que han de surtirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a dichos litigios –de los cuales se ha dicho que se caracterizan por su naturaleza eminentemente ejecutiva⁵⁵–, han de aplicarse las previsiones contenidas en el Régimen Procedimental Civil en punto al procedimiento abreviado, el cual debe seguirse tratándose de la restitución de inmuebles objeto de contratos de arrendamiento⁵⁶.

Quede claro, en todo caso, que la anotada naturaleza primordialmente ejecutiva del aludido trámite procesal no excluye que, como lo ha

⁵⁵ En dicho sentido se ha afirmado lo siguiente: “el juicio de restitución de inmueble arrendado, con eminente función ejecutiva (Hernando Morales Molina dice que “La demanda de restitución del bien arrendado, que es de prevalente **función ejecutiva**, desde que tiende a que el demandado cumpla la obligación de restituir la respectiva tenencia”. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Editorial ABC. Pág. 87 y ss), se inició con fundamento en el incumplimiento del arrendador, declarado mediante acto administrativo de caducidad en firme y, por tanto, ejecutorio y ejecutivo (art. 64 del C. C. A)” (énfasis en el texto original). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cuatro (2004); Consejero ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 25000-23-26-000-1997-3555-01(20190).

⁵⁶ Así lo ha indicado la Sala: “Según la parte actora, el arrendatario incumplió con el pago de los cánones de arrendamiento, desde el mes de junio de 1.996, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, junio 25 de 1.999, adeudaba la suma de \$33.038.375.00. Adicionalmente, a juicio del actor, el término de tres años pactado en el contrato de arrendamiento está vencido.

El Tribunal Administrativo del César declaró la terminación del contrato de arrendamiento celebrado por la Unidad Especial Administrativa de la Aeronáutica Civil y el señor Héctor Camargo Nicholson, ordenando la restitución del bien inmueble arrendado, por encontrar acreditado el incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento y de los servicios públicos.

La Sala considera que las pretensiones expuestas en la demanda son propias de un proceso de restitución de inmueble arrendado cuyo trámite, de acuerdo con el art. 408 del C.P.C., es el procedimiento abreviado. En efecto, en la demanda se pidió la declaratoria de terminación del contrato de arrendamiento No. 008 del 2 de febrero de 1.996 y la consecuente restitución del inmueble arrendado.

En relación con la posibilidad de solicitar la terminación del contrato de arrendamiento a través de un proceso de restitución de inmueble arrendado, el profesor Hernán Fabio López ha afirmado lo siguiente:

“Tratándose de controversias atinentes a la restitución de la tenencia por arrendamiento, cualquiera que fuere la causa, siempre se aplica el proceso declarativo abreviado, cuya competencia y modalidades están previstas en los artículos 20, numeral 7, 23 numeral 10, 408 numeral 9 y 424 del C de P.C., por las siguientes razones:

“En suma, todo proceso de restitución de tenencia por arrendamiento, o lo que es lo mismo, de lanzamiento, debe ser tramitado como abreviado y siguiendo los cauces del art. 424 del C. de P.C.” (LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Procedimiento Civil, Parte especial”, (Bogotá – 2004), Editorial Dupré, pág. 182).

La Sala acoge la interpretación mencionada y, por lo tanto, considera que las pretensiones de terminación del contrato y la consecuente restitución del inmueble, son pretensiones propias del proceso de restitución de inmueble arrendado cuyo trámite, de acuerdo con el C.P.C., es el abreviado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00569-01(25096).

indicado autorizada doctrina⁵⁷, con ocasión del mismo puedan ventilarse todas las controversias que puedan dar lugar a la terminación del contrato –y a la consiguiente orden de restitución del inmueble–, conclusión que se desprende no sólo de la regulación que actualmente efectúa el Código de Procedimiento Civil de este tipo de procesos abreviados, sino –especialmente– de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, precepto éste que –no se olvide– es el que consagra la acción cuyo ejercicio ha dado lugar a la iniciación del presente litigio⁵⁸.

Lo anteriormente expuesto, sumado a la cláusula general de competencia que, en materia de controversias *de cualquier índole* –la ley no establece distinciones en este sentido– derivadas de los contratos estatales, atribuye el parágrafo primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, obliga a concluir que esta Jurisdicción es la competente para conocer de procesos en los cuales se discuta si hay lugar, o no, a declarar judicialmente terminado un contrato de arrendamiento de inmueble en cuya celebración hubiere intervenido como parte una entidad pública y a impartir la consecuente orden de restitución del mismo al arrendador o simplemente a esto último, por manera que el *a quo* tenía la competencia para tramitar y fallar el presente asunto en la primera instancia y esta Sala la tiene para desatar el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

⁵⁷ Así lo sostiene el profesor López Blanco, contravirtiendo –con razón– el parecer del profesor Morales Molina, pues éste último afirma que *“la ley dispone que cuando la pretensión principal de la demanda es el lanzamiento, debe seguirse el proceso abreviado autorizado por el C. de P.C., que es diferente a cuando consiste en la declaración de terminación del contrato con o sin indemnización de perjuicios, que sigue la vía ordinaria, que si logra éxito, a petición de actor y aún de oficio y para que las cosas vuelvan al estado anterior, implica que se condene al arrendatario a restituir, cual, ocurre también con la declaratoria de nulidad o simulación del contrato”*. Cfr. MORALES MOLINA, Hernando, *Nuevo régimen de arrendamiento, su problema en el contrato de arrendamiento*. Biblioteca de la Cámara de Comercio, Bogotá, 1986, número 20, pp. 174-175.

López Blanco, por el contrario, no estima aceptable la recién referida consideración, pues a su entender –que la Sala comparte– *“tratándose de controversias atinentes a la restitución de la tenencia por arrendamiento, cualquiera que fuere la causa, siempre se aplica el proceso **declarativo abreviado**, cuya competencia y modalidades están previstas en los artículos 20, numeral 7, 23 numeral 10, 408 numeral 9 y 424 del C. de P.C....”*, como quiera que *“el proceso de lanzamiento se ha instituido para que, por las vías propias del proceso abreviado y siguiendo los trámites especiales del art. 424 del C. de P.C., se tramiten **todas las controversias que, en razón de la terminación del contrato y la consiguiente restitución del inmueble dado en arrendamiento, puedan suscitarse**”* (énfasis en el texto original), si se tiene en cuenta –continúa el citado autor–, entre otras razones, que la legislación procesal no distingue entre las diversas causas que puedan dar lugar a la aludida restitución; que el proceso ordinario debe seguirse siempre que no exista una disposición que, en forma expresa, prevea un trámite especial –cosa ésta que sí ocurre tratándose del proceso abreviado previsto para el caso del arrendamiento (artículo 408-9 del C. de P.C.) y que *“la estructura del proceso de restitución del inmueble permite, dado su carácter declarativo, decidir cuestiones relacionadas con la pretensión principal de terminación y la orden de restitución”*. Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento civil, Parte especial*, octava edición, Dupré, Bogotá, 2004, pp. 178-182.

⁵⁸ En ese orden de ideas, no debe soslayarse que es el inciso primero del artículo 87 del C.C.A. –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998–, la norma que establece lo siguiente: *“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”* (subraya la Sala).

2.3.2. La competencia para conocer de este tipo de litigios cuando, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal arrendadora ha expedido un acto administrativo mediante el cual da por terminado el contrato de arrendamiento de bien inmueble.

Según se refirió en el apartado relativo a los antecedentes dentro del presente proveído –acápito 1–, antes de ejercer la acción de controversias contractuales para dar origen al presente proceso, el municipio del Guamo (Tolima) expidió la Resolución N° 758, fechada el 16 de julio de 1997, mediante la cual declaró terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento de bien inmueble que había suscrito con la sociedad demandada en el *sub judice* el día 2 de enero de 1996 y cuyo objeto versaba sobre el bien denominado “Hotel Lemaya”, acto administrativo cuya parte resolutive es del siguiente tenor literal:

“PRIMERO. Declarar que el INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR UNIVERSAL “UNIVERSITEC LTDA”, representando por César Augusto Rodríguez Cortez, identificado con la cédula de Ciudadanía N° 17’035.435 expedida en Bogotá, ha incumplido con lo pactado en el objeto del contrato por medio del cual el Municipio del Guamo dio en arrendamiento el bien denominado “HOTEL LEMAYA”, contrato suscrito el 2 de enero de 1996.

SEGUNDO. Dar por terminado unilateralmente el referido contrato, dejando a cargo del Contratista la suma de cuarenta y dos millones ochocientos cincuenta y seis mil ochocientos pesos (\$ 42’856.800) M/cte, por concepto de canon (sic) de arrendamiento dejados de cancelar hasta el mes de junio del corriente año.

TERCERO. Otorgar poder al Asesor Jurídico del Municipio para que a nombre del mismo, inicie ante la jurisdicción contencioso administrativa, la respectiva acción de restitución de inmueble referido, adelantando en el mismo, las acciones necesarias para que se resarzan los perjuicios causados al Municipio.

CUARTO. Reconózcasele Personería al Dr. Mario Zanella Abril, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19’131.113 de Bogotá, Tarjeta profesional 29.989 del Ministerio de Justicia, para que actúe en representación de “UNIVERSITEC LTDA”, conforme al poder que le fue conferido por el representante legal César Augusto Rodríguez Cortez.

QUINTO. Comuníquese la presente decisión a la Compañía de Seguros “LA PREVISORA”.

SEXTO. Contra la presente Resolución procede el Recurso de reposición.

SÉPTIMO. Una vez en firme la presente, iníciense las acciones legales respectivas” (fls. 12-13, c.1.; subraya la Sala).

A su vez, los argumentos que condujeron al Municipio del Guamo a adoptar la referida decisión y de los cuales se dejó constancia en la parte motiva de la misma, son los siguientes:

“En cuanto al cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato se tiene que no son ciertas las afirmaciones dadas por el Abogado de la entidad, en virtud de que aparecen las respectivas certificaciones del Secretario de Hacienda del Municipio del Guamo, en donde se acredita que la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE INVESTIGACIONES Y TÉCNICA “CORUNIVERSITEC”, no ha cancelado canon de arrendamiento del inmueble denominado HOTEL LEMAYA, y que a la fecha adeuda la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15'000.000) por el año de 1995 y DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS (17'520.000) por el año de 1996, de igual manera, a la fecha, no ha cancelado canon de arrendamiento alguno por los meses que van del año de 1997.

De igual manera, el referido ente no ha cancelado ningún tipo de impuesto, a favor del ente territorial referido, y así mismo, en la actualidad se adelanta proceso ejecutivo en el juzgado 2° Civil del Circuito del Guamo, contra el Municipio, por concepto del servicio de energía del referido establecimiento.

Lo anterior, son elementos más que suficientes para demostrar que UNIVERSITEC LTDA., ha incumplido con las obligaciones emanadas del contrato de arrendamiento suscrito con el municipio del Guamo, el dos de enero de 1996 y en donde, en la cláusula Tercera, se pactó la forma de pago que hasta la fecha no ha realizado.

Como quiera que el contrato en mención es un contrato originado en la Ley 80 de 1993 como contrato estatal, y la tenencia del bien la posee el Contratista, en virtud del artículo 75 de la Ley ibídem, se hace necesario proceder a la jurisdicción Contencioso Administración a fin de que se restituya el referido bien.

Para tal caso, la Administración proveerá lo necesario y así se decretará en esta providencia, estableciendo a su vez, los montos que en la actualidad adeuda UNIVERSITEC LTDA., por concepto de canon de arrendamiento y demás emolumentos dejados de pagar” (fls. 11-12. c.1; subraya la Sala).

Vale la pena recordar que, como se refirió en el apartado 1.4 del presente proveído, el Tribunal Administrativo del Tolima negó prosperidad a la pretensión primera de la demanda, la cual consistía en deprecar la declaratoria judicial de terminación del contrato de arrendamiento de marras, por considerar que el mismo había sido concluido ya mediante el acto administrativo recién referido, el cual –en criterio del *a quo*– se encuentra en firme y, en consecuencia, debió dar lugar a que las autoridades competentes ejecutasen las órdenes en él impartidas; similar argumento sirvió de fundamento a la parte demandada para aducir –según también se refirió con antelación– que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carecía de competencia para adelantar el presente proceso. Sin embargo, estima la Sala que, por las razones que se enuncian a continuación, en el caso concreto que ahora se examina ninguno de estos dos asertos cuenta con soporte jurídico, a la vez que se evidencia que la antes citada Resolución N° 758 del 16 de julio de 1997 constituye un auténtico despropósito si se la analiza desde la perspectiva de algunas de las más esenciales y básicas nociones del Derecho Administrativo colombiano:

a. En el contrato de arrendamiento del inmueble denominado "Hotel Lemaya", suscrito entre el municipio del Guamo y la sociedad "Universitec Ltda.", el día 2 de enero de 1996, se pactó como plazo de duración del convenio, por tanto de carácter extintivo, el de doce meses, plazo que, aunque en principio debería tenerse por cumplido el día 2 de enero de 1997, lo cierto es que de conformidad con la estipulación expresamente consagrada en la cláusula correspondiente, las partes convinieron tener por vencido el día 31 de diciembre de 1996⁵⁹; por lo tanto, el interrogante se antoja obvio: ¿Resultaba necesario expedir un acto administrativo que diera por terminado un contrato que se encontraba culminado ya por el vencimiento del plazo extintivo que se pactó en el mismo? Necesariamente, la respuesta al cuestionamiento planteado ha de ser negativa, dado el evidente contrasentido lógico que, desde una perspectiva meramente naturalística, supone adoptar una decisión orientada a dar por terminado aquello que ya ha finalizado previamente.

b. Adicionalmente a lo anterior, una somera lectura tanto de la parte motiva como de la resolutive de la comentada resolución N° 758 del 16 de julio de 1997, permite advertir que en la misma se endilga el incumplimiento del contrato de arrendamiento referido, a la sociedad aquí demandada, debido a la mora en el pago tanto de los respectivos cánones mensuales, como de los impuestos y del servicio público de energía eléctrica dispensado al inmueble respectivo. Pues bien, si en gracia de discusión se admitiese –lo cual evidentemente no es de recibo, como enseguida pasa a explicarse– que el municipio del Guamo se encontraba legalmente autorizado para introducir cláusulas excepcionales en el contrato de arrendamiento en cuestión y, consecuentemente, a expedir los actos administrativos a los cuales puede dar lugar el ejercicio de las correspondientes facultades, no puede perderse de vista que en el esquema que de esta suerte de atribuciones ha diseñado la Ley 80 de 1993, la potestad excepcional que ha de ser ejercida con el propósito de hacer frente a situaciones de incumplimiento contractual es la caducidad y no la terminación unilateral.

Y es que si bien es cierto que dentro del género representado por la terminación unilateral de los contratos estatales pueden identificarse varias especies –la regulada por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; la declaratoria de caducidad administrativa del contrato (artículo 18 *ídem*) y la terminación unilateral sustentada en la concurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta mencionadas en el inciso 2° del artículo 45 del mismo cuerpo normativo– que comparten algunas características comunes⁶⁰, no es menos verídico que cada una de dichas modalidades se

⁵⁹ El tenor literal de la estipulación contractual en referencia es el siguiente: "Cláusula segunda. Duración y término del contrato. La duración y término del contrato es de doce meses, contados a partir del 2 de enero de 1996, al 31 de diciembre de 1996" (fl. 5, c. 1).

⁶⁰ Extremo respecto del cual ha llamado la atención la Sala, en los siguientes términos:

"Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura: **i).**- La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80; **ii).**- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y **iii).**- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del

diferencian sustancialmente entre sí y eso es lo que ocurre, justamente, tratándose de la terminación unilateral prevista en el artículo 17 del Estatuto Contractual –la cual no conlleva la imposición de sanción ni de inhabilidad alguna para el contratista afectado; se sustenta en causales que no guardan relación con el incumplimiento por parte de éste y puede dar lugar a que a él se le deba reconocer indemnización de perjuicios⁶¹–; por el contrario la caducidad administrativa sí constituye una sanción que, además de poner fin a la relación comercial, excluye la posibilidad de indemnización para el contratista y le genera al mismo las inhabilidades

contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; c) como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Radicación: 850012331000033901; Número interno: 15599.

⁶¹ La terminación unilateral del contrato propiamente dicha se encuentra regulada, en lo sustancial, en los artículos 14 y 17 de la Ley 80, de conformidad con los cuales se trata de una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les atribuye la ley, consistentes en tener “... la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, con “... el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ...” de los mismos; esta figura únicamente puede tener aplicación tratándose de aquellos tipos contractuales incluidos en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 (esto es: a) “en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”; b) en los contratos que tengan por objeto “la prestación de servicios públicos”; c) en los contratos que tengan por objeto “la explotación y concesión de bienes del Estado” y d) “en los contratos de obra”, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos f) “contratos de suministro” y g) contratos “de prestación de servicios”, en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, como quiera que en estos dos (2) últimos supuestos dicha estipulación resulta facultativa).

Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral “... deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de la compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”; dicha potestad, además, sólo puede ejercerse en los eventos en los cuales concurra alguna de las causales expresamente consagradas en el artículo 17 de la Ley 80, esto es: “1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; 2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; 3º Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista; 4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”.

que establece la ley, como quiera que a la adopción de dicha medida da lugar el incumplimiento del cocontratante de la Administración⁶².

Si se toma en consideración que, como ya se indicó, los hechos determinantes –motivos o presupuestos fácticos– del aludido acto administrativo expedido por el municipio del Guamo apuntan a señalar que la sociedad aquí demandada incumplió con varias de las obligaciones que le imponía el contrato de arrendamiento del inmueble denominado “Hotel Lemaya”, suscrito entre ambas partes, forzoso resulta concluir que la decisión que debió adoptar la Administración en este asunto creyéndose –erróneamente, se insiste– investida de las facultades que supuestamente le proporcionaba la inclusión de cláusulas exorbitantes en el vínculo en cuestión, era la de declarar la caducidad y no la terminación unilateral del contrato, atendiendo a la palmaria distinción que en el párrafo anterior se ha puesto de presente.

c. A nadie escapa que el Estatuto de Contratación Estatal vigente con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 —esto es, el Decreto-Ley 222 de 1983— contaba entre sus pilares fundamentales con una distinción, que se pretendía radical, entre los entonces llamados “contratos administrativos” y los en ese momento catalogados como “contratos de derecho privado de la Administración”, de suerte que se intentó estructurar cada una de tales modalidades como categorías teóricamente independientes⁶³; empero, la extensión de la obligatoriedad de la inclusión de la cláusula de caducidad a todos los contratos celebrados por una entidad pública, distintos de los de compraventa de bienes muebles y empréstito –lo cual suponía la correlativa inclusión, de la mano de la caducidad, de los para la época denominados “principios” de interpretación, modificación y terminación unilaterales⁶⁴– echó por

⁶² Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, “... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley”, por manera que una vez se encuentra en firme el acto administrativo que declara la caducidad administrativa, se genera para el contratista que hubiere dado lugar a su proferimiento una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos, si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80). Una detallada relación de los distintos enunciados normativos que consagran eventos en los cuales procede la declaratoria de la caducidad administrativa de contratos estatales puede verse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Radicación: 850012331000033901; Número interno: 15599.

⁶³ Tal era el propósito de las previsiones contenidas en el artículo 17 del referido Decreto-Ley 222 de 1983.

⁶⁴ La descrita resultaba ser la consecuencia derivada de la aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 60 y 61 del Decreto-Ley 222 de 1983, los cuales disponían, en cuanto aquí resulta pertinente, lo siguiente:

“Artículo 60. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías, multas; penal pecuniaria; y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Asimismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto”.

tierra, en la práctica, el principal elemento distintivo entre las dos grandes “categorías” contractuales antes referidas, de manera que ambas terminaron por quedar sometidas, casi en su totalidad, a los principios y normas del derecho público –que no a las del derecho privado– y a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con lo cual se restó todo efecto práctico a la diferenciación pretendida.

Así pues, es sabido que una de las más trascendentales modificaciones introducidas por la Ley 80 de 1993 fue la eliminación de la dicotomía que se viene de referir, con la pretensión de unificar en una sola categoría –la de los contratos estatales, prevista en el inciso primero del artículo 32 de dicho cuerpo normativo⁶⁵– a todos los contratos del Estado, de suerte que las estipulaciones de los contratos serán –en el régimen de 1993– las que de acuerdo con el derecho civil y comercial y con las propias de la Ley 80 misma, correspondan a la esencia y a la naturaleza del negocio, dejándose a las partes la libertad de celebrar los acuerdos e incluir las estipulaciones que posibilite la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines del Estado, siempre que tales acuerdos y estipulaciones no resulten contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto –artículo 40 *ibídem*–.

Con este punto de partida, naturalmente la regulación del manejo de las potestades excepcionales que podrán ejercer las entidades estatales en su actividad contractual también evidencia un giro fundamental y, así, se advierte claramente la intención del Legislador de 1993 consistente en detallar, de manera más clara y exhaustiva que la contenida en la normatividad de 1983, aquellos supuestos en los cuales la entidad contratante vendrá obligada a pactar las cláusulas excepcionales al derecho común –terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad⁶⁶–, distinguiéndolos de aquellos eventos en los cuales dicho pacto no constituye un mandato imperativo sino una facultad⁶⁷ y de aquellos otros en los cuales tales

“Artículo 61. De la obligación de pactar la caducidad. La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos”.

⁶⁵ Precepto del siguiente tenor: *“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”*

⁶⁶ Así lo prevé el inciso primero del numeral segundo de la Ley 80 de 1993: *“De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

(...)

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

(...)

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entiende pactadas aún cuando no se consignen expresamente”.

⁶⁷ De ello se ocupa el inciso segundo del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según el cual: *“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios”.*

estipulaciones quedan terminantemente prohibidas —grupo de eventos a los cuales habría que adicionar, en cuarto término, el integrado por los contratos no mencionados de forma expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁶⁸—:

⁶⁸ A estos cuatro grupos de tipos contractuales en virtud del régimen que a cada uno de ellos resulta aplicable en lo atinente a la consagración de la potestad u obligación de pactar y/o ejercer cláusulas excepcionales, se ha referido esta Sala en los siguientes términos:

“Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁶⁸.

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro⁶⁸.

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no sufre el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

Ley 80 de 1993, artículo 14, párrafo. “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales” (subraya la Sala).

Síguese de lo anterior, con palmaria claridad, que la estipulación de cláusulas excepcionales en los contratos de arrendamiento celebrados por las entidades estatales comprendidas en el numeral 1° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, a partir de la entrada en vigor de este cuerpo normativo, quedó absolutamente prohibida, por manera que las cláusulas que en tal sentido se incluyeren en un contrato de dicha naturaleza estarán viciadas de nulidad absoluta⁶⁹ y, consecuentemente, los actos administrativos que en ejercicio de las potestades reflejadas en las mismas se llegaren a proferir, se hallarán incursos en idéntico defecto, esta vez debido a la falta de competencia, desde el punto de vista material, de cualquier entidad pública para emitir una manifestación unilateral de voluntad productora de los efectos jurídicos a los cuales da lugar el ejercicio de las potestades excepcionales que, se reitera, tratándose de contratos de arrendamiento como el celebrado entre las partes en el presente proceso, se encuentran, de forma expresa e indubitada, prohibidas en la ley.

La falta de competencia desde el punto de vista funcional o por razón de la materia –que es el vicio invalidante de los actos administrativos que en consideración a las recién explicadas razones concurre, además de la incompetencia temporal, en la pluricitada resolución número 756 de 1997, proferida por el alcalde del municipio del Guamo– dice relación con *“la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad”*⁷⁰ o, en otros términos, determina que *“se define a favor de un órgano un tipo de asuntos caracterizados por su*

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832); Actor: Asesoramos SCA.

⁶⁹ En el caso sub júdice, se trata de las siguientes cláusulas incluidas en el contrato de arrendamiento de inmueble tantas veces aquí referido: “OCTAVA. TERMINACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES. Para este efecto, se aplicará lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. NOVENA. CADUCIDAD ADMINISTRATIVA. La caducidad se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. DÉCIMA SEGUNDA. MULTAS. En caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones que en el desarrollo de este contrato contrae “UNIVERSITEC”, el Municipio podrá imponer mediante resolución motivada, multas conforme a la Ley 80 de 1993” (fl. 6, c.1).

⁷⁰ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Acto administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 147.

*objeto y contenido*⁷¹, por manera que las autoridades públicas solamente podrán adoptar aquellas decisiones o desplegar aquellas actividades cuya naturaleza u objeto se encuentre incluido en el plexo de funciones y/o de cometidos que el ordenamiento jurídico ha encomendado al ente público del cual se trate, cuestión que no supone nada distinto que garantizar la efectividad del principio de legalidad como uno de los pilares estructurales del Estado de Derecho y de la actuación de la Administración Pública, extremo en relación con el cual la Sala ha efectuado múltiples y prolijas reflexiones cuya pertinencia, de cara a la argumentación que en el presente pronunciamiento se viene exponiendo, aconseja su reiteración:

“El principio de legalidad, básico en el Estado de derecho, impone no solo a la Administración sino a todas las instituciones del Estado el deber y la limitación de ceñir sus actuaciones al ordenamiento jurídico, puesto que es la ley la que le otorga las potestades y define los límites dentro de los cuales pueden actuar las autoridades; en otras palabras, para que las autoridades puedan actuar legítimamente se requiere de una atribución legal previa.

Al respecto resulta pertinente traer a colación la explicación expuesta por García de Enterría⁷², para quien *“el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima (...) el derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse”*.

El principio de legalidad encuentra respaldo en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política en virtud de los cuales *“...los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones”*; así mismo *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”* y finalmente, *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”*

Por su parte, el artículo 113 constitucional consagra la existencia de tres ramas del poder público a las cuales se han asignado funciones separadas, pero que colaboran armónicamente para el cumplimiento de los cometidos estatales.

De conformidad con los preceptos constitucionales, resulta incuestionable que las potestades de que están investidas las autoridades emanan de la Constitución Política y de la ley, normatividad que define y distribuye de manera clara y precisa las facultades entre las distintas ramas del poder público, al igual que determina las funciones que deben cumplir los servidores que hacen parte de cada una de ellas;

⁷¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 549.

⁷² Nota original de la sentencia citada: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso De Derecho Administrativo I*, duodécima edición, Civitas Ediciones, Madrid- 2004, pág. 448.

de tal suerte que resulta imposible que estas sean transferidas por su titular, salvo cuando la misma ley autoriza su delegación; tampoco es admisible que una autoridad se atribuya competencias asignadas legalmente a otra rama del poder público, toda vez que las actuaciones adelantadas en tales condiciones resultarían violatorias de las normas constitucionales y legales y, por consiguiente, estarían afectadas de nulidad.

(...)

En este orden de ideas, es claro que la Administración Distrital, afectada por el incumplimiento del arrendatario respecto de su obligación de restitución del bien al finalizar el contrato, no estaba facultada para resolver la controversia suscitada mediante acto administrativo y, con esta decisión, hacer efectiva la desocupación y restitución del bien, toda vez que la ley ha asignado esta facultad al juez del contrato, en ejercicio del control jurisdiccional, sin que le sea dado a la Administración sustituir al juez, puesto que a ella tan solo le compete el control gubernativo, de conformidad con la distribución de los poderes impuesta por la ley.

(...)

El vicio de nulidad deviene de la ausencia de uno de los elementos esenciales para la validez del acto administrativo, como lo es la competencia del órgano que lo expide; es decir, que el acto administrativo será válido cuando el órgano que lo expide actúa dentro del marco de la competencia⁷³ asignada por la ley; pero sucede que cuando las autoridades ejercen competencias que no tienen o invaden la órbita de competencia que de manera expresa se encuentra atribuida a otras autoridades o ramas del poder público, el acto administrativo expedido en tales condiciones, se encuentra viciado de nulidad por incompetencia funcional.⁷⁴

Se encuentra establecido, entonces, que las Resoluciones números 905 de 22 de octubre de 1992 y 035 de 25 de enero de 1993, mediante las cuales se ordenó la desocupación del local comercial, ubicado en la carrera 5ª No. 15-11 de la ciudad de Santa Marta, que había sido entregado a título de arrendamiento, fueron expedidas por el Alcalde del Distrito de Santa Marta sin que tuviese competencia para ello, razón por la cual se encuentran viciados de nulidad, la cual será declarada” (énfasis añadido)⁷⁵.

d. No obstante lo anterior, es decir, que la entidad territorial aquí demandante expidió, de manera abiertamente contraria a Derecho y evidentemente antitécnica, un acto administrativo mediante el cual “declara unilateralmente terminado” el contrato de arrendamiento que le vinculaba con la sociedad demandada en el *sub lite*, quizás resulte paradójico –más no por ello menos reprochable desde el punto de vista jurídico– que la propia impericia de la Administración actuante condujese

⁷³ Nota original de la sentencia citada: La competencia puede ser de tres clases, a saber: territorial, funcional o temporal.

⁷⁴ Nota original de, la sentencia citada: “Se caracteriza esta incompetencia en razón a que se concreta sobre la materia u objeto específico del acto. Esto es sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración” (Santofimio, Jaime Orlando, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 293.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Radicación número: 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883); Actor: Roberto Chahn Nohora.

a que tan espuria decisión gubernativa deviniera en completamente inocua y que tan grosero desconocimiento del bloque de la legalidad aplicable en el caso concreto derivara en la adopción de un proveído que carece de utilidad o efecto práctico alguno, tanto para el buscado propósito de finiquitar la relación negocial, como de cara a obtener la restitución de la tenencia del inmueble arrendado.

Ello por cuanto si bien en los artículos primero y segundo de la incomprensible resolución número 758 de 1997, emanada de la Alcaldía del municipio del Guamo, se declara el incumplimiento del contrato de arrendamiento y se da por terminado el mismo, respectivamente, de manera más extraña aún lo único que se ordena es –artículo tercero– *“otorgar poder al Asesor Jurídico del Municipio para que a nombre del mismo, inicie ante la jurisdicción contencioso administrativa, la respectiva acción de restitución de inmueble referido, adelantando en el mismo, las acciones necesarias para que se resarzan los perjuicios causados al Municipio”*.

En suma, el desconocimiento de la teoría del acto administrativo no puede resultar más evidente: no sólo se adopta la determinación careciendo de competencia funcional para hacerlo y sin claridad en torno a la identidad, a la naturaleza jurídica y a los alcances de la potestad pretendidamente ejercida, sino que, como colofón, se profiere una “decisión” que ninguna situación jurídica crea, modifica o extingue con miras a la pervivencia del vínculo contractual –se “termina” lo ya terminado por expiración del plazo extintivo– y a la recuperación de la tenencia del inmueble –por fortuna, podría sostenerse ahora, dado que se evitó así un yerro jurídico adicional o de mayor calado–, pues se defiere a la intervención del juez la materialización de las consecuencias prácticas de aquello que la Administración –irregularmente, eso sí– había decidido ya, con lo cual se desconoce una de las principales características de los actos administrativos, cual es su naturaleza ejecutiva y ejecutoria⁷⁶, la cual posibilita la ejecución de lo en ellos decidido aún contra la voluntad del sujeto pasivo de la decisión⁷⁷, como corolario de la presunción de legalidad que caracteriza y acompaña a las determinaciones de la Administración⁷⁸ y del privilegio de la autotutela propio del obrar de la misma, privilegio que suele oponerse al rasgo de la “heterotutela”, como inherente a las relaciones jurídicas trabadas entre particulares⁷⁹.

⁷⁶ Como con rotundidad lo establece el artículo 64 del C.C.A.: *“Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”*.

⁷⁷ Según lo prevé el artículo 65 C.C.A.: *“Ejecución por el obligado. Cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se resistiere a cumplirla, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado”*.

⁷⁸ La cual tradicionalmente se ha señalado que se encuentra reflejada en lo normado por el inciso primero del artículo 66 C.C.A., de conformidad con cuyo texto *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*

⁷⁹ Elemento distintivo cardinal entre el derecho administrativo y el derecho privado, que el profesor Santamaría Pastor explicita de muy ilustrativa manera: *“Para comprender gráficamente en qué*

La actuación desplegada por la entidad territorial demandante en el presente caso, por lo tanto, desconoce cardinales nociones básicas del Derecho Administrativo, somete a una indeseable incertidumbre e inestabilidad jurídica a los administrados e, incluso, atenta contra el principio de buena fe que debe orientar la actividad contractual de las entidades del Estado, además de que, como resulta apenas obvio tras las explicaciones hasta ahora efectuadas, concluye con la expedición de un acto administrativo abiertamente viciado de nulidad por falta de competencia funcional o por razón de la materia, causal de anulación de los actos administrativos que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha llegado a sostener que puede ser declarada de oficio:

“Y al respecto, observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D’Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las partes del mismo, para declararla

consiste exactamente el poder de autotutela, nada mejor que comparar la posición de la Administración frente a los Tribunales con la de los sujetos privados.

(...)

Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de buen grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de buen grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá de la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria (...) Así pues, la tutela de los derechos e intereses de los particulares bien puede ser calificada de heterotutela, por cuanto ha de llevarse a cabo normalmente a través de una declaración y ejecución dictadas por un órgano judicial.

(...)

Comparada con la de los sujetos privados, bien puede decirse que la posición de la Administración es justamente la opuesta. La Administración no precisa de la colaboración judicial para hacer declaraciones de derechos que alteren per se las situaciones jurídicas o estados posesorios (tutela declarativa), ni para ejecutar coactivamente tales declaraciones (tutela ejecutiva): la autotutela supone que, por regla general, puede realizar por sí misma uno y otro tipo de actividades. Dos son, pues, las manifestaciones fundamentales de la autotutela:

*- En primer lugar, la **autotutela declarativa o decisoria**, consistente, como ya se expresó, en la potestad de la Administración de emitir declaraciones o decisiones capaces por sí mismas de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, sin el concurso de los órganos judiciales y con independencia del consentimiento o colaboración del sujeto destinatario de aquéllas.*

(...)

*- Y, en segundo lugar, la **autotutela ejecutiva**, consistente en la potestad de la Administración de llevar a la práctica (ejecutar) sus propias decisiones, llegando incluso al empleo de la coacción en caso de resistencia de sus destinatarios, e igualmente sin tener que contar para ello con la intervención de los Tribunales” (apartados en negrilla destacados en el texto original; subrayas añadidas por la Sala). Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen I, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004, pp. 101-103.*

oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala, sin olvidar que la consecuencia lógica de la anterior decisión, es la invalidación así mismo, del acto administrativo mediante el cual se ejerció la facultad ilegalmente consignada en la referida cláusula contractual y se declaró la caducidad del contrato^{80,81}.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en el *sub judice* el extremo relacionado con la legalidad de la resolución 758 de 1997, mediante la cual la Alcaldía del municipio del Guamo (Tolima) declaró unilateralmente terminado el contrato de arrendamiento del bien inmueble denominado "Hotel Lemaya", celebrado el 2 de enero de 1996 entre la entidad territorial en referencia y la sociedad "Universitec Ltda.", es un asunto que no fue abordado por las partes en ningún momento procesal –la anulación de dicho acto o cuestionamiento de algún tipo en torno a su juridicidad no forman parte de las pretensiones de la demanda, ni de los argumentos o solicitudes expuestos en la contestación a la misma, ni ha sido tema analizado en etapa o actuación procesal posterior⁸²–, estima la Sala procedente en el presente caso, con miras a garantizar el más escrupuloso respeto al derecho de defensa de las partes, al principio de congruencia entre el *petitum* de la demanda y el contenido de la sentencia⁸³ y, en últimas, al principio de legalidad mismo al cual se ha hecho referencia en líneas precedentes, disponer la *inaplicación* del acto administrativo en comento con fundamento en lo normado por los artículos 240 de la Ley 4 de 1913 y 12 de la Ley 153 de 1887, preceptos que consagran la que ha dado en denominarse "excepción de ilegalidad".

La llamada "excepción de ilegalidad" es una herramienta de control de la legalidad de los actos administrativos que el ordenamiento ha puesto en

⁸⁰ Nota original de la sentencia citada: En sentido similar, decidió la Sala en Sentencia del 16 de diciembre de 1994, en la cual se resolvió demanda en la que fue impugnado el acto administrativo mediante el cual se impuso una multa; el Consejo de Estado confirmó la sentencia que declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula contractual de multas, por falta de competencia de la entidad para incluirla en ese contrato, y como consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo impugnado. (Expediente 7879, Actor: Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A., M.P.: Carlos Betancur Jaramillo).

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414).

⁸² Por el contrario, en los dos pronunciamientos a los cuales se ha hecho alusión de manera precedente, se trató de casos en los cuales sí se demandó la legalidad de los actos administrativos que, a la postre, habrían de ser anulados por encontrárseles –oficiosamente– incursos en la causal de invalidez consistente en la falta de competencia del sujeto activo para expedirlos.

⁸³ En relación con este principio, ha sostenido la más autorizada doctrina procesalista lo siguiente: "*Principio de congruencia. Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso administrativos) (...) en todos los procesos, también, entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador.*

Tiene extraordinaria importancia este principio pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso" (subraya la Sala). Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I*, duodécima edición, Diké, Medellín, 1987, p. 57.

manos, exclusivamente, del Juez de lo Contencioso Administrativo⁸⁴, en aquellos eventos en los cuales un acto administrativo resulta contrario a una norma de rango legal, por manera que se dispone su ineficacia dentro de un litigio particular, sin que se produzca pronunciamiento *erga omnes* en relación con su validez, por no haber sido sometido el asunto a decisión del Juez Administrativo por vía de acción —y de ahí la catalogación de la figura como “excepción”—. En relación con esta opción hermenéutica y decisoria la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“7. La excepción de ilegalidad dentro del marco de la Constitución.

19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

(...)

Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente. Si bien frente a la supremacía de la Constitución ella misma incluye cláusulas abiertas como las contenidas en los artículos 4° y 91 superiores, que indican que en todo caso de incompatibilidad entre su texto y las normas inferiores debe dársele aplicación preferente a aquel, esta misma posibilidad de inaplicación directa y extrajudicial no está contemplada para el caso de desconocimiento, no ya de la Constitución, sino de cualesquiera otras normas de la jerarquía normativa. En cambio, diversos textos superiores si refrendan el principio de obligatoriedad de las normas y de las disposiciones proferidas por las autoridades competentes, como lo son, por ejemplo, el artículo 95 que enumera entre los deberes de los las personas residentes en Colombia el acatar la Constitución y las leyes y el respetar a las autoridades legítimamente constituidas, lo cual evidentemente, incluye el acatamiento a sus disposiciones.

(...)

23. La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso

⁸⁴ El cual la ha aplicado, por vía de ejemplo, sosteniendo lo siguiente: “*Para la sala, el juez administrativo si puede inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual y en él se fundamente el vicio de nulidad de aquéllas*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235) DM.

administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde “*Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley*”. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente “*los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir

tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos” (subraya la Sala)⁸⁵.

Atendiendo a todo lo hasta ahora expuesto, lo cual pone de presente la manifiesta contradicción existente entre la tantas veces mencionada Resolución N° 758 del 16 de julio de 1997 expedida por la Alcaldía del municipio del Guamo y lo normado por los artículos 14, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, la Sala inaplicará, en el caso concreto, tanto dicho acto administrativo como la Resolución N° 914 del 14 de agosto de 1997, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella y se dispuso su confirmación y así se dispondrá en la parte resolutive del presente proveído. Tal determinación aboca a la Sala al estudio de las pretensiones primera y segunda formuladas por la parte actora en el libelo introductorio del proceso, esto es, a estudiar si resulta procedente, o no, declarar por vía judicial la terminación del contrato de arrendamiento de marras y, por consiguiente, si debe ordenarse a la sociedad demandada la restitución del inmueble arrendado, asuntos que se abordan a continuación.

2.5. El caudal probatorio obrante en el expediente y su análisis orientado a establecer si procede, o no, declarar terminado el contrato de arrendamiento y ordenar la restitución del inmueble arrendado.

2.5.1. El material probatorio recaudado.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar judicialmente terminado el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes y ordenar la restitución del inmueble arrendado:

a) Contrato de arrendamiento calendado el día 2 de enero de 1996, celebrado entre el municipio del Guamo (Tolima) y el Instituto Técnico Superior Universal “Universitec”, mediante el cual el municipio contratante entregó en arrendamiento a la sociedad contratista un inmueble denominado “Hotel Lemaya”, ubicado en el municipio del Guamo (Tolima), por un término de doce meses, contados a partir de la suscripción del convenio⁸⁶; se fijó, a su vez, como precio del arrendamiento, la suma de \$ 1’460.000 de pesos mensuales, canon que sería cancelado dentro de los diez primeros días de cada mes en la Tesorería municipal del Guamo (Tolima); de igual forma, quedó estipulado que el pago de los servicios públicos prestados al inmueble

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000; Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁶ El tenor literal de la estipulación contractual pertinente es el siguiente: “CLÁUSULA SEGUNDA. DURACIÓN Y TÉRMINO DEL CONTRATO. La duración y término del contrato es de doce meses, contados a partir del 2 de enero de 1996, al 31 de diciembre de 1996” (fl. 5, c. 1).

objeto del contrato correría por cuenta de la sociedad arrendataria⁸⁷ (fls. 5-6, c.1).

b) Resolución N° 758 de 1997, fechada el día 16 de julio de 1997 y suscrita por el alcalde del municipio del Guamo (Tolima), por medio de la cual declaró el incumplimiento del contratista, terminó unilateralmente el contrato de arrendamiento precisando el saldo adeudado a ese momento por la sociedad arrendataria y dispuso otorgar poder a un abogado para que procediera a instaurar la acción de restitución de inmueble arrendado, acto administrativo que, en lo pertinente, fue transcrito en el apartado 2.3 del presente proveído (fls. 10-13, c.1).

c) Resolución N° 914 de 1997, calendada el 14 de agosto de dicha anualidad y suscrita por el alcalde municipal del Guamo, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad "Universitec Ltda.", contra la antes citada Resolución N° 758 de 16 de julio de 1997, confirmando en su totalidad lo dispuesto en esta última (fls. 16-20, c.1).

d) Constancias de notificación personal de las resoluciones números 758 de 16 de julio de 1997 y 914 de 14 de agosto de 1997, mencionadas en las letras b) y c) de este apartado (fls. 14 y 21, c.1).

e) Constancias de ejecutoria de las referidas resoluciones 758 de 16 de julio de 1997 y 914 de 14 de agosto de 1997 (fls 15 y 22, c.1).

f) Certificación expedida por la Electrificadora del Tolima S.A., en la cual se relaciona el historial de pago de la cuenta número C-103959, correspondiente al inmueble denominado "Hotel Lemaya", documento en el cual se incluyen 14 pagos realizados entre los meses de febrero de 1996 y mayo de 1997, cada uno por la suma de \$ 1'460.000 de pesos.

g) Testimonio rendido el 30 de junio de 1998 por el señor César Augusto Rodríguez Cortés, dentro del presente proceso, declaración en la cual el testigo, a propósito de las condiciones de modo, tiempo y lugar que se habrían convenido entre las partes a efecto de llevar a cabo el pago del canon mensual correspondiente al arrendamiento del inmueble, indicó lo siguiente:

"Mis nombres y apellidos completos son como antes quedaron anotados, tengo 60 años de edad, de estado civil casado, de profesión comerciante, natural de Bogotá y resido actualmente en Guamo (...) Al vencerse el contrato, se corrige, con el fin de hablar con el alcalde de ese momento señor Francisco Rondón me acerqué a la alcaldía y estuve conversando con él con el fin de que me autorizara el pago del canon de arrendamiento a la Electrificadora del Tolima, él me lo autorizó verbalmente para hacerlo (sic). Posteriormente tratamos el mismo tema en una reunión en el Hotel Lemaya, y nuevamente me manifestó que

⁸⁷ La cláusula correspondiente es del siguiente tenor: "CLÁUSULA SÉPTIMA. SERVICIOS. Los servicios corren por cuenta de "UNIVERSITEC", tales como agua, energía, alcantarillado, aseo, teléfono, durante la vigencia de este contrato" (fl. 5, c. 1).

podía hacer ese pago en la Electrificadora con el fin de abonar a una deuda antigua del hotel. Quiero manifestar que a mayo de 1994 el Hotel Lemaya, no se quien lo tendría o quien le manejaba, adeudaba la suma de \$ 23'000.000. Esa charla la llevé a cabo en el Despacho del señor alcalde y él se encontraba sólo y en el hotel también hablamos solos. PREGUNTADO: Sírvase explicar al Despacho por qué razón fue usted a solicitar autorización del señor alcalde para cancelar el valor del arrendamiento mediante pago a la Electrificadora del Tolima, si ya previamente y por escrito en el contrato usted voluntariamente había accedido a pagar por “mensualidades anticipadas en la Tesorería Municipal del Guamo”. CONTESTO: La Electrificadora del Tolima hizo varias visitas al Hotel con el fin de proceder al corte de la luz, como yo me encontraba al día en el pago de mi consumo, sin embargo, me manifestaron que de no ir abonando a la deuda procederían a hacer el corte, por este motivo yo insistí en esa autorización ya que sin luz el Hotel sería un problema grave” (fls. 11-17, c.2).

h) Contrato de arrendamiento suscrito el día 2 de enero de 1995, celebrado entre el municipio del Guamo (Tolima) y la Corporación Universal de Investigación y Técnica “Coruniversitec”, mediante el cual el municipio contratante entregó en arrendamiento a la sociedad contratista un inmueble denominado “Hotel Lemaya”, ubicado en el municipio del Guamo (Tolima), por un término de doce meses contados a partir de la suscripción del contrato; a su vez, se fijó como valor del canon mensual la suma de \$ 1'250.000 de pesos, canon que sería cancelado por la arrendataria en la Electrificadora del Tolima, a nombre del municipio del Guamo, como abono al convenio preexistente para efectos de pagar la acreencia derivada del consumo de energía eléctrica efectuado en el mencionado inmueble (fls. 1-2, c.2).

2.5.2. Análisis de los elementos probatorios referidos a la luz de la normatividad aplicable.

En relación con la normatividad aplicable al contrato estatal de arrendamiento de inmueble suscrito entre las partes, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993 no contiene previsiones expresas que regulen el referido tipo contractual, debe darse aplicación a lo normado por el inciso 1 del artículo 13 de dicho Estatuto, por virtud del cual *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*.

Ahora bien, a propósito del sentido y alcance de la disposición transcrita, bien vale la pena señalar que la ausencia de regulación especial de una determinada materia en el Estatuto de Contratación Estatal no autoriza al juez administrativo a acudir, de manera indistinta y a su arbitrio, a las disposiciones comerciales o civiles que se ocupen del tema, toda vez que resulta posible e incluso frecuente encontrar, en los ordenamientos civil y mercantil, de manera simultánea, enunciados normativos diferentes y hasta antagónicos en relación con un mismo asunto; en ese orden de ideas, debe tenerse como regla que a la aplicación de los preceptos mercantiles en los contratos estatales habrá de acudirse cuando el respectivo acto sea también mercantil para alguna de las partes – cuestión que suele predicarse de ordinario, pero no en forma exclusiva,

del contratista particular–, con lo cual se cumplen las directrices que en punto al ámbito de aplicación de la ley mercantil consagran los artículos 1, 2 y 22 del Código de Comercio –C. de Co.–⁸⁸.

Como corolario de lo anterior, se tiene que si el respectivo acto puede catalogarse como civil para las partes del correspondiente contrato estatal, en primer término han de consultarse las disposiciones del Código Civil para dirimir bajo su égida cualquier controversia que el convenio suscite y sólo en ausencia de regulación expresa sobre la materia específica dentro de ese cuerpo normativo, en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, será posible, pero entonces por vía de analogía, acudir a las normas de carácter comercial.

Así las cosas, en el caso *sub judice* la normatividad aplicable al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes habrá de ser la contenida en el Estatuto Mercantil, toda vez que la sociedad “Universitec Ltda.”, tiene la condición de comerciante y despliega actividades mercantiles⁸⁹, con la sanotación de que en cuanto el Código de Comercio no regula todas las situaciones surgidas a raíz de la celebración y/o de la ejecución del contrato de arrendamiento, deben aplicarse entonces las previsiones que en relación con dicho tipo contractual contiene el Código Civil, por virtud de la incorporación que de tales disposiciones, a ese cuerpo normativo, efectúa el artículo 822⁹⁰ del C.de Co. Efectivamente el Estatuto de los Comerciantes tan sólo incluye algunas disposiciones específicas en relación con el arrendamiento de inmuebles destinados a establecimientos de comercio (derecho de renovación), de naves y de

⁸⁸ “Artículo 1. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

“Artículo 2. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

“Artículo 22. Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

⁸⁹ Obra en el expediente un certificado de existencia y representación legal de la sociedad “Universitec Ltda.”, expedido por la respectiva Cámara de Comercio, en el cual consta que el objeto social de dicha persona jurídica es el siguiente: “Objeto. Conservación y defensa de los recursos naturales, agrícolas y ganaderos, promoción, ventas y dirección de paquetes turísticos y vacacionales; organización, propaganda y manejo de ferias, exposiciones, eventos deportivos, convenciones, vitrinas y mercadeo regional, nacional e internacional; proyección, organización, administración de hoteles, restaurantes y de explotaciones agrícolas y ganaderas, e industriales y de transformación de recursos del sector; administración y manejo de toda clase de transporte de pasajeros, animales, muebles y maquinarias, el establecimiento de centros de investigación aplicada a las necesidades regionales en las diferentes áreas del conocimiento humano, lo mismo que la realización de sondeos, estudio de necesidades y manejo de entidades de servicios” (fl. 8, c.1). Más allá de que varias de las actividades relacionadas en la aludida certificación son catalogadas como mercantiles por el artículo 20 del C. de Co., no puede perderse de vista que el artículo 13 de la misma obra prevé que “para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos: 1. Cuando se halle inscrita en el registro mercantil”.

⁹⁰ “Art. 822.- Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

aeronaves, pero no una regulación general de la aludida modalidad contractual.

En línea con lo explicado, resulta menester señalar que la legislación civil dispone, en el artículo 2008, que el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento⁹¹, plazo que tiene naturaleza *extintiva* en relación con el derecho del arrendatario al uso y goce del bien arrendado —así como respecto de la correlativa obligación del arrendador consistente en otorgar al arrendatario la tenencia de la cosa arrendada— y *suspensiva* en lo atinente a la exigibilidad de la obligación, radicada en cabeza del arrendatario, de restituir el bien objeto del contrato una vez acaecido el vencimiento del plazo del mismo⁹².

Por cuanto atañe a este último extremo —la exigibilidad, por parte del arrendador, de la obligación de restitución de la cosa arrendada de manos del arrendatario al vencimiento del término contractual—, si bien es cierto que por virtud de lo normado en el artículo 2005 del Código Civil —C.C.—, a cuyo tenor “[E]l arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento”, podría pensarse que coinciden, en un mismo momento, dos fenómenos que no siempre advienen en el mismo instante —como lo ilustran los tres eventos que para la configuración de la mora prevé el artículo 1608 C.C.⁹³—, cuales son el de la *exigibilidad* y el de la

⁹¹ “Artículo 2008. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente:(..)

2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo”.

⁹² En el anotado sentido, resulta usual que la doctrina señale la distinción entre los plazos *extintivos* y los plazos *suspensivos*, en los siguientes términos:

“Los plazos pueden ser también *suspensivos* y *extintivos* (...) según que del plazo dependa el goce actual o la extinción de un derecho. Según esto, **plazo suspensivo** es aquel que mientras pende, suspende el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación. Este plazo no afecta a la existencia de la obligación ni del derecho, sólo suspende su ejercicio, el acreedor tiene su derecho, pero no puede hacerlo valer; ese es el efecto que el plazo suspensivo produce. Los plazos *suspensivos* se señalan valiéndose de la expresión “**desde**”.

Plazo extintivo es aquel que por su vencimiento extingue un derecho. En este plazo, desde que el acto se ha formado y es su extinción la que está subordinada a él por el cumplimiento del plazo, el derecho existe y puede ejercitarse dentro del plazo. Este plazo se designa empleando la expresión “**hasta**”.

(...)

Cuando la obligación está subordinada a un término extintivo, ella produce sus efectos desde un principio tal como si el acto fuera puro y simple, porque lo que está subordinado a una modalidad es la extinción del derecho.

(...)

El plazo suspensivo es aquel del cual depende el ejercicio de un derecho. El plazo suspensivo no afecta a la existencia de la obligación. El acreedor a plazo adquiere el derecho desde el momento mismo que el contrato se perfecciona por el acuerdo de voluntades; desde ese momento el acreedor adquiere un derecho eficaz y cierto, y que no presenta ninguna contingencia en cuanto a su existencia; lo único que está en suspenso es el ejercicio del derecho, y por esto, el acreedor no puede hacerlo valer ni llevarlo a los tribunales mientras el plazo penda”. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho civil; Teoría de las obligaciones*, Versiones taquigráficas de la Cátedra de Derecho Civil, pp. 229-231. En similar dirección, véase BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2.000, pp. 478-479.

⁹³ Precepto del siguiente tenor literal: “Artículo 1608. El deudor está en mora:

1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;

2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

mora en el cumplimiento de la obligación, nociones éstas disímiles y de no necesaria concomitancia⁹⁴, no es menos cierto que —a pesar de la referida conclusión que podría arrojar la lectura aislada del artículo 2005 C.C.— en los casos del contrato de arrendamiento *no* ocurren al mismo tiempo, esto es a la expiración del plazo contractual, por manera que aunque en este último momento —el vencimiento del plazo— se extingue el contrato de arrendamiento y, a la vez, se hace exigible la obligación que pesa en cabeza del arrendatario consistente en restituir el bien objeto del contrato, dicha exigibilidad *no* comporta, automáticamente, la constitución en mora respecto del correspondiente deudor (arrendatario).

Y no resulta suficiente el vencimiento del término convenido para que el arrendatario se entienda constituido en mora respecto del cumplimiento de la obligación de restituir la cosa arrendada, en consideración a que el artículo 2007 C.C., expresamente⁹⁵, exige que el arrendador requiera al arrendatario con tal propósito, a pesar de haberse pactado anticipadamente la terminación del contrato; es éste, en consecuencia, uno de los eventos en los cuales, de acuerdo con lo preceptuado por el antes citado artículo 1608 del Código Civil, para que se constituya en mora al deudor-arrendatario, resulta menester formularle el requerimiento correspondiente, por manera que si, a pesar de ser requerido el arrendatario, no restituye la cosa arrendada, deberá resarcir los perjuicios que su retardo cause al arrendador, así como todos los demás que se deriven de la injusta detentación del objeto material del contrato.

Ahora bien, a pesar de que no es indispensable que se produzca por vía judicial el requerimiento que exige el artículo 2007 C.C. en comento —basta con la notificación, efectuada por el arrendador, exigiéndole la entrega de la cosa al arrendatario y con el conocimiento que tenga éste del pedimento de aquél⁹⁶— y de que si en el contrato de arrendamiento el arrendatario renuncia al aludido requerimiento, no será necesario hacerlo —de suerte que cuando media la anotada renuncia se entiende que, de antemano, el arrendatario ha consentido en la restitución en el tiempo convenido, sin que haya de mediar el previo requerimiento—, también ha de concluirse que en los eventos en los cuales resulta imperativo realizar el tantas veces mencionado requerimiento —pues el arrendatario no ha renunciado expresamente al mismo—, éste puede entenderse efectuado en los términos del inciso 2º del artículo 90 del

⁹⁴ En este sentido, se ha destacado la necesidad de “... plantear la distinción entre exigibilidad y mora (*mora debendi*), conceptos diferentes, así en muchas ocasiones coincidan en el tiempo y aún en el fenómeno que las determina, y que miran, aquel, a la posición del acreedor y a su posibilidad de reclamar el cumplimiento, y éste, a la impuntualidad del deudor y a las consecuencias que de ella se siguen.

La mora es un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación de parte del acreedor”. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.002, p. 596.

⁹⁵ Artículo 2007 C.C.: “Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aún cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él competa como injusto detentador”.

⁹⁶ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 13ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1.999, pp. 372-373.

Código de Procedimiento Civil, esto es, con la notificación del auto admisorio de la correspondiente demanda⁹⁷.

De acuerdo con la realidad que se desprende del material probatorio recaudado en el plenario, se evidencia que no obstante haberse producido la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre el municipio del Guamo y "Universitec Ltda.", respecto del inmueble denominado "Hotel Lemaya", debido a la expiración del plazo correspondiente –ocurrida el 31 de diciembre de 1997, según se refirió en el acápite inmediatamente precedente–, el arrendatario continuó ejerciendo la tenencia del bien, sin que la Administración municipal contratante hubiere satisfecho el requisito previsto en el citado artículo 2007 del citado Estatuto, en armonía con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1608 de la misma codificación, consistente en efectuar el requerimiento al arrendatario para constituirle en mora en cuanto al cumplimiento de la obligación de restituir la tenencia del inmueble una vez finalizado el contrato de arrendamiento, como lo establece el artículo 2005 del Código Civil, habida consideración de que la entrega del bien objeto del convenio se produce a título de mera tenencia; en consecuencia, a falta de realización de dicha diligencia con anterioridad, la constitución en mora aludida debe entenderse efectuada con la notificación del auto admisorio de la demanda que dio origen al presente proceso contencioso administrativo.

Lo expuesto pone de presente que carece de objeto jurídicamente atendible que la Sala se ocupe de examinar si debe judicialmente declararse terminado, o no, el contrato –así pues, resulta trasladable a este lugar, *mutatis mutandi*, el razonamiento atrás efectuado para explicar la inocuidad del acto administrativo mediante el cual el municipio del Guamo pretendió concluir un contrato que se encontraba ya finalizado por ministerio de la ley–, en el entendido de que estaría de más que el Juez de lo Contencioso Administrativo declarase la ocurrencia de un acontecimiento que ha operado *ex lege*. Cosa distinta es que con apoyo en la argumentación esgrimida por la parte actora, se le endilga el incumplimiento de varias obligaciones contractuales a la sociedad arrendataria y que, en obsequio de claridad, habría que estar de acuerdo con la postura asumida por el *a quo* en relación con este último extremo en el sentido de concluir que dicho incumplimiento realmente tuvo lugar, al menos por cuanto se desprende del caudal probatorio recaudado en el expediente, toda vez que no obra prueba del cumplimiento, por parte de la sociedad demandada, en el pago de los cánones mensuales de la forma convenida en el contrato, ni en el pago de las facturas correspondientes a los servicios públicos domiciliarios prestados al inmueble arrendado.

Empero, habida cuenta de que al alegado incumplimiento no se anudaba, por parte de la entidad territorial demandante, pretensión alguna adicional a que se declarase terminado judicialmente el contrato y de que, como se ha explicado ya, no existe fundamento jurídico alguno que

⁹⁷ Establece la norma en cuestión lo siguiente: "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes".

sustente la realización de la declaración de la ocurrencia de un hecho que tiene lugar por prístino ministerio del Legislador –lo cual conduce a negar prosperidad a la primera de las pretensiones elevadas en el libelo introductorio de la litis, como lo hiciera, aunque por otras razones ya comentadas, el Tribunal de primera instancia–, forzoso resulta concluir que el análisis que debe llevar a cabo la Sala en este lugar se contrae a dilucidar si resulta procedente, o no, acceder a que se ordene a la arrendataria la restitución, a favor del municipio actor, del inmueble arrendado.

Y en relación con tal asunto, también se han traído a colación con anterioridad las disposiciones de la legislación civil que, al regular el contrato de arrendamiento, radican en cabeza del arrendatario la obligación de restituir la cosa arrendada una vez expira el plazo del contrato; también se ha referido que el artículo 2007 del Código Civil obliga al acreedor de esta obligación –el arrendador– a requerir al deudor de la misma para constituirle en mora, requerimiento de cuya realización no obra prueba en el expediente, pero que puede entenderse cabalmente efectuado por vía judicial, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, con la notificación del auto admisorio de la demanda mediante la cual se dio inicio al *sub judice*⁹⁸.

Constituido en mora el arrendatario, si no cumple con la obligación que le impone el artículo 2205 del Código Civil, es claro que el arrendador tiene la posibilidad de reclamar judicialmente la restitución del inmueble arrendado, pues dicho arrendador no se encuentra normativamente autorizado, de manera expresa, para recabar y obtener la anotada restitución *motu proprio*, mediante procedimiento y decisión administrativos, de suerte que por las mismas razones arraigadas en el principio de legalidad que se explicaron para justificar por qué la entidad arrendadora carece de competencia para ejercer potestades excepcionales de las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, debe entenderse que carece de la facultad de ordenar la devolución de la cosa inmueble arrendada, pues tal atribución ha sido radicada por el ordenamiento jurídico en la autoridad judicial; y eso es, precisamente, lo que persigue el municipio del Guamo al incoar la acción contractual en el presente caso, entendiéndose, como no podría ser de otro modo, que la falta de devolución del “Hotel Lemaya” por parte de su tenedor, no permite concluir que el arriendo se hubiere prorrogado indefinidamente, como en anterior ocasión lo ha sostenido la Sala:

“De conformidad con las normas antes citadas, al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, **se hace exigible** la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo; es decir, que aunque **estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente**, su cumplimiento se difiere en el

⁹⁸ “Artículo 90. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. (...) La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”.

tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas.

Se trata de aquellas obligaciones que tienen origen en el contrato pero que están llamadas a ser cumplidas con posterioridad a su vigencia o extinción; es el caso de la obligación que asume el vendedor, en el sentido de responder por el saneamiento o por vicios ocultos de la cosa vendida o aquella que contrae el constructor consistente en responder por la estabilidad de la edificación que ha sido levantada y entregada al propietario, etc.

En este caso, al celebrar el contrato, el arrendatario asume la obligación de restituir el bien arrendado al finalizar el contrato (art. 2005 C.C)

(...)

Bajo estas directrices debe concluirse lo siguiente:

a) El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo).

b) El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se de el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él⁹⁹, tal como ya quedó indicado¹⁰⁰.

En consecuencia, para la Sala se encuentra demostrado que el contrato de arrendamiento celebrado el día 2 de enero de 1996 entre el municipio del Guamo (Tolima) y la sociedad "Universitec Ltda.", se encuentra terminado desde el 31 de diciembre del mismo año, por virtud tanto de lo expresamente estipulado en la cláusula segunda del aludido convenio, como de lo preceptuado por el artículo 2005 del Código Civil, por manera que, desde entonces, tenía la obligación la arrendataria de restituir el inmueble arrendado al municipio arrendador, restitución inmediata que se ordenará en la parte resolutive del presente proveído.

No puede la Sala culminar la presente argumentación sin llamar la atención frente a los yerros en los cuales ha incurrido la Administración municipal del Guamo (Tolima), no sólo durante la actuación que en sede

⁹⁹ Nota original de la sentencia citada: El contrato es fuente de obligaciones reza el artículo 1494 del C.C. "*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.*"

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Radicación número: 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883); Actor: Roberto Chahn Nohora.

gubernativa se llevó a cabo en este caso –cuestión suficientemente explicada en el apartado 2.3 de este pronunciamiento– sino también al instaurar la acción que dio lugar al presente proceso, pues resulta inaudito que si se alega el incumplimiento de un contrato estatal por parte del particular contratista y se pretende enderezar la actividad probatoria dentro del proceso a acreditar dicho extremo, no se incluyan en la demanda las pretensiones que resultan apenas lógicas frente a la alegada ocurrencia de dicho incumplimiento, esto es, cuando menos y para concretar aquello que debió solicitarse en el *sub lite*, que se ordenase pagar al arrendatario las sumas que adeudase por concepto de cánones atrasados y, adicionalmente, que indemnizase a la entidad territorial titular del derecho de dominio respecto del inmueble arrendado, los perjuicios que hubieren podido derivarse de la falta de observancia de la obligación contenida en el inciso primero del artículo 2005 del Código Civil.

Tan graves omisiones no sólo conducen a que se ponga en marcha el aparato jurisdiccional del Estado sin posibilitarle la adopción de decisiones que realmente correspondan con el objetivo de administrar cumplida justicia, sino que, especialmente, constituyen una amenaza para el interés general, en la medida en que podrían traducirse en evidente y cuantioso detrimento para el erario.

Todos los argumentos hasta ahora expresados servirán como fundamento para que se confirme la sentencia apelada, sin que pueda soslayarse que la *ratio decidendi* del fallo está constituida por los razonamientos aquí efectuados y no por los realizados por el Tribunal Administrativo del Tolima en el presente proceso.

2.7. Costas.

Dado que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO: Dispóngase la inaplicación, en el presente caso, de las resoluciones números 758 de 16 de julio de 1997 y 914 de 14 de agosto de 1997, proferidas por la Alcaldía municipal del Guamo (Tolima), por las razones explicadas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Confírmense, pero con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído, los numerales 1, 2, 3 y 4 de la sentencia apelada, esto es, de la proferida el 6 de octubre de 1998 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

TERCERO: Revócase el numeral 5 de la sentencia apelada, es decir, de la proferida el 6 de octubre de 1998 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO
GOMEZ**

MAURICIO FAJARDO

**ENRIQUE GIL BOTERO
ESCOBAR**

MYRIAM GUERRERO DE

Con aclaración de voto

**ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA MIRYAM GUERRERO DE
ESCOBAR**

PROCESO DE RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO - Se rige por las normas contenidas en el Estatuto Procesal Civil / CONCILIACION JUDICIAL - Improcedencia en esta clase de procesos / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Su aplicación al caso concreto se efectuó con base en una

norma declarada inexecutable EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Su aplicación procede con fundamento en otras normas de rango constitucional

El proceso de restitución de inmueble arrendado se rige por el procedimiento establecido por los artículo 424 y siguientes del C. de P.C., y por esta razón considero que la Sala no debió extenderse en relación con el tema de la conciliación judicial en materia de acciones contencioso administrativas, pues nada tenía que ver con la problemática que se pretendía resolver; bastaba con señalar que la audiencia de conciliación no es procedente en los procesos de restitución de inmueble arrendado, por expresa disposición del parágrafo 6º del artículo 424 del C. de P.C., pues entre otras cosas, la naturaleza del proceso lo impide. Además la Sala aplicó la denominada “excepción de ilegalidad” para dejar sin efectos el acto administrativo, aduciendo como fundamento jurídico una norma declarada inexecutable (artículo 240 de la Ley 4 de 1913), mediante sentencia C-037 de 2000. La denominada excepción de ilegalidad encuentra fundamento en otras normas que hacen parte del ordenamiento constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493)

Actor: MUNICIPIO DEL GUAMO

Demandado: INSTITUTO TECNICO SUPERIOR UNIVERSAL-UNIVERSITEC LTDA.-

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, a continuación expongo las razones que dieron lugar a que aclarara mi voto en el fallo de fecha 25 de febrero de 2009, proferido dentro del proceso de la referencia.

Comparto el sentido de la decisión, pero discrepo de las consideraciones que la fundamentan.

A mi juicio, la Sala incurre en imprecisión al señalar que la entidad demandante instauró la demandada en ejercicio de la acción atinente a controversias contractuales consagrada por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. En efecto, la demanda no consigna por parte alguna que el demandante haya acudido a la jurisdicción a través de dicha acción contencioso administrativa, pues únicamente menciona que la misma tiene por objeto obtener la

restitución de un inmueble arrendado al demandado, aduciendo la causal falta de pago del precio del arrendamiento.

Tal situación condujo a que se distorsionara la controversia y, en efecto, la Sala se centró en resolver aspectos que no fueron sometidos a la decisión jurisdiccional.

Lo primero que debo señalar es que el proceso de restitución de inmueble arrendado se rige por el procedimiento establecido por los artículo 424 y siguientes del C. de P.C., y por esta razón considero que la Sala no debió extenderse en relación con el tema de la conciliación judicial en materia de acciones contencioso administrativas, pues nada tenía que ver con la problemática que se pretendía resolver; bastaba con señalar que la audiencia de conciliación no es procedente en los procesos de restitución de inmueble arrendado, por expresa disposición del parágrafo 6º del artículo 424 del C. de P.C., pues entre otras cosas, la naturaleza del proceso lo impide.

De otra parte, considero que la sentencia resolvió aspectos que no fueron sometidos a la decisión jurisdiccional, particularmente sobre la legalidad del acto administrativo a través del cual el municipio del Guamo declaró la terminación unilateral del contrato de arrendamiento celebrado con la sociedad demandada. El acto administrativo no afectaba el proceso de restitución y además no fue reargüido por la demandada ni invocado como fundamento de la

acción por la entidad demandante para solicitar la restitución, de manera que la Sala no podía oficiosamente pronunciarse sobre la legalidad del mismo, pues reitero, no era el objeto de la controversia y no afectaba la decisión.

Además la Sala aplicó la denominada “excepción de ilegalidad” para dejar sin efectos el acto administrativo, aduciendo como fundamento jurídico una norma declarada inexecutable (me refiero al artículo 240 de la Ley 4 de 1913 que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 2000). La denominada excepción de ilegalidad encuentra fundamento en otras normas que hacen parte del ordenamiento constitucional.

De otra parte, la Sala emprendió un análisis relacionado con la posibilidad de incluir las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos de arrendamiento, cuando no era este objeto de la controversia, de hecho, por la ineficacia de la cláusula la entidad demandante estaba deprecando la restitución del inmueble por la vía jurisdiccional, no obstante, debo aclarar que, sin perjuicio de lo antes anotado, no comparto la noción expuesta en la sentencia en cuanto a los parámetros que determinan la posibilidad de incluir o no las cláusulas excepcionales en los contratos regidos por la ley 80 de 1993. Las razones por supuesto no las expondré porque, reitero, la legalidad de la cláusula de caducidad en el contrato de arrendamiento no era el objeto de discusión.

Finalmente considero que la Sala incurre en una contradicción en cuanto a la aplicación del régimen jurídico del contrato de arrendamiento, pues consigna textualmente que “...en el caso sub-judice la normatividad aplicable al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes habrá de ser la contenida en el Estatuto Mercantil, toda vez que la sociedad “Universitec Ltda.”, tiene la condición de comerciante y despliega actividades mercantiles, con la sanotación (sic) de que en cuanto el Código de Comercio no regula todas las situaciones surgidas a raíz de la celebración y/o ejecución, deben aplicarse entonces las previsiones que en relación con dicho tipo contractual contiene el Código Civil, por virtud de la incorporación que de tales disposiciones, a ese cuerpo normativo, efectúa el artículo 822 del C. de Co...”.

No obstante a renglón seguido la providencia señala: “...resulta menester señalar que la legislación civil, en el artículo 2008, que el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento, plazo que tiene naturaleza extintiva en relación con el derecho del arrendatario al uso y goce del bien arrendado...”.

En mi entender, la Sala no podía dar aplicación al precepto contenido por el artículo 2008 del Código Civil, pues si el régimen jurídico aplicable al contrato era el contenido en el Código de Comercio,

debió dar aplicación íntegra a las normas que regulan el arrendamiento comercial, menos aún podía aplicar la preceptiva señalada porque el Código de Comercio prevé como norma de orden público el derecho de renovación del contrato de arrendamiento, lo cual implica que el contrato no termina por el vencimiento del término estipulado cuando el arrendatario lleva más de dos períodos consecutivos en el inmueble con un mismo establecimiento de comercio; en estas condiciones el contrato termina por la ocurrencia de alguna de las causales que impiden que se presente el derecho de renovación.

En el asunto sub - lite considero que el contrato debió declararse judicialmente terminado por el incumplimiento en el pago de la renta que, entre otras, fue la razón aducida por el demandante para deprecar la restitución del inmueble y no por el vencimiento del plazo estipulado, como lo dispuso la Sala,

Respetuosamente,

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE ACACIAS**

RADICACION No. 500064089002-2008-00085

Acacias -Meta, Catorce (14) de Marzo de Dos Mil Ocho (2008)

Visto el informe secretarial que antecede y como quiera que la demanda de restitución de inmueble arrendado de mínima cuantía incoada por MAURICIO OBADNO BERNAL en contra de NILVA RUA DIAZ, cumple con los requisitos de que trata el art. 75 y 424 del C.P.C., aclarando que los requerimientos de que trata el art. 2035 del C.C., no se hacen necesarios toda vez que la norma que los consagraba fue expresamente derogada por el art. 43 de la 820 de 2003, en consecuencia este Despacho

RESUELVE

PRIMERO.- Admitir la demanda de restitución de inmueble arrendado instaurada por CELSA JULIA GUDELO en contra de WILSON HURTADO LOAIZA.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la demanda y sus anexos córrase traslado al demandado por el término de diez (10) días conforme a lo dispuesto en el art. 409 del C.P.C.

TERCERO.- Désele a esta demanda el trámite del proceso abreviado previsto en el art. 408 y s.s.

CUARTO.- Se reconoce personería para actuar en nombre propio a la señora CELSA JULIA AGUDELO, en los términos de que trata el art. 28 del Decreto 196 de 1971.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

EUGENIA RAMOS MAYORGA

Juzgado Civil.....de.....
Ubicado en.....de la ciudad.....

Ciudad.....día.....mes..... año.....

Se admite la anterior demanda de lanzamiento o restitución de bien inmueble arrendado.

De ella córrase traslado al demandado y notifíquese en la forma establecida Según sentencia de la Corte Constitucional No. C-925 de 18 de Noviembre de 1.999- Expediente D-2407 y Ley 820 del año 2003. por el cual se establece la obligatoriedad de la notificación personal a los demandados en la dirección establecida en el contrato de arrendamiento, por el término de diez días, para que la conteste.

Reconócese al Doctor..... como apoderado judicial del Señor, en los términos y para los efectos a que alude en el memorial-poder presentado.

Notifíquese.

FIRMA DEL JUEZ

FIRMA DEL SECRETARIO