

DECRETO LEY 01 DE 1984 - Distinción de actos en materia contractual / ACTOS PREVIOS O SEPARABLES DEL CONTRATO - Acciones procedentes / ACTOS CONTRACTUALES - Acción contractual / ESTATUTO DE LA CONTRATACION PUBLICA - Dejó de lado la distinción de tales actos

Así las cosas y evitando remontarse a épocas anteriores en la historia normativa nacional, cabe indicar que el Decreto-Ley 01 de 1984 acogió la anotada distinción de raigambre doctrinal y jurisprudencial, al asignarle al control judicial de los actos denominados previos o "separables" del contrato, el cauce procesal de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de actos contractuales propiamente dichos. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o "separables" y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual", al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 77 del referido conjunto normativo, disposición que, igualmente, dejaba claro que tales decisiones administrativas "sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo".

LEY 80 DE 1993 - Previó una sola categoría de actos

El aludido precepto [artículo 77 de la Ley 80 de 1993] dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución "con motivo u ocasión de la actividad contractual" permitía sostener la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión en virtud de la cual "para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso", por manera que de conformidad con dicha inteligencia tan contractuales serían los actos administrativos que ordenan la apertura de la licitación, adoptan el pliego de condiciones o adjudican el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercen potestades excepcionales, se termina o se liquida unilateralmente el negocio jurídico. Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugna por mantener la distinción entre actos previos o "separables" y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato.

LEY 446 DE 1998 - Introdujo un nuevo cambio en materia de actos proferidos con motivo u ocasión de la actividad contractual / ACCIONES PROCEDENTES - Término de caducidad

Esa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las

decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se establece que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar la conformidad o contrariedad a derecho de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado; por cuanto atañe a los segundos, su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual. Así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normatividad vigente en la materia.

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias del 13 de diciembre de 2001, exp. 19.777 y del 29 de junio de 2000, exp. 16.602.

ACCION CONTRATUAL - Procede frente a los actos proferidos con posterioridad a la celebración del contrato / ACTOS CONTRACTUALES PROPIAMENTE DICHOS - Prevalencia del Derecho sustancial

Dado que los actos administrativos atacados en el sub lite fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato como que, de hecho, ordenan la terminación unilateral del mismo y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales, tanto en virtud de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en la redacción dada al mismo por el Decreto 2304 de 1989, como atendiendo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo anterior, el demandante dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el escrito inicial del proceso, circunstancia ésta que no obsta para que, como lo ha sostenido con anterioridad la jurisprudencia de esta Sección dando aplicación al mandato constitucional que compele al juez a conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales artículo 228 superior, haya de entenderse que la acción promovida por la parte demandante en el presente asunto fue la consagrada en el artículo 87 del Estatuto de Procedimiento Administrativo y es dentro de dicho marco que no en el, de cierto modo, más restringido que supone la instauración de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por tanto, que habrán de estudiarse y resolverse los diversos problemas jurídicos antes planteados, con el propósito de desatar el presente litigio.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción por error grave

Nota de Relatoría: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 25.177; auto de marzo 26 de 2009, exp. 31.748. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446.

NULIDAD PROCESAL - Pretermisión de instancia / FALTA DE RESOLUCION DE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ACTOS DEMANDADOS - Improcedencia / NULIDADES PROCESALES - Taxatividad. Principio de Convalidación

En el anterior orden de ideas y con el fin de eliminar de manera definitiva cualquier inquietud que pudiera mantenerse a esta altura del trámite procesal en torno a la insistentemente

alegada falta de resolución de la solicitud de nulidad procesal elevada por la sociedad accionante -inquietud que, bueno es reiterarlo, de existir, la Sala se anticiparía a considerarla totalmente infundada comoquiera que el pedimento en referencia fue resuelto tanto por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 23 de octubre de 1997, como, si se quiere, de forma innecesaria por haberse ya resuelto de fondo dicha cuestión en la primera instancia, nuevamente por el Magistrado Conductor del proceso en la segunda, mediante el también aludido auto del 25 de enero de 1999, la Sala insistirá en la aducción de los argumentos que conducen a concluir, sin lugar a la menor hesitación, que ningún reparo de legalidad puede formularse, en este momento procesal, a la instrucción del expediente, pues la omisión en la cual incurrió el Tribunal a quo al no resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados no constituye causal de anulación de etapa alguna del plenario de las legalmente previstas y, adicionalmente, dicha irregularidad quedó saneada por la falta de oportuna alegación de la misma por parte de la propia sociedad accionante, en cuanto interpuso recurso alguno en contra del proveído mediante el cual se admitió a trámite la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las nulidades procesales, su taxatividad y el Principio de Convalidación, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de febrero 19 de 2008, exp. C-594.

BIENES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO - Públicos y privados

La regulación contenida tanto en la Constitución Política proferida en julio de 1991 como en la legislación civil, permite distinguir en el ordenamiento jurídico colombiano, genéricamente, dos clases de bienes, cada una de ellas sujeta a su propio régimen jurídico: bienes públicos y bienes privados. Algún sector de la doctrina, especialmente la civilista, cuando se refiere a la referida tipología de los bienes que los distingue entre públicos y privados, utiliza como criterio diferenciador entre las dos clases la titularidad de los mismos, es decir, parte de determinar quién ostenta la calidad de señor y dueño sobre un determinado bien para conferirle a éste su naturaleza jurídica, por manera que se catalogan como privados aquellos cuyo dominio se encuentra en cabeza de un particular, mientras que respecto de aquellos cuya titularidad pertenece al Estado se predica la condición de públicos; sin embargo, el anterior criterio no es el único que se utiliza para clasificar la naturaleza jurídica de los bienes, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano es factible que un bien cuya titularidad pertenece a un particular, se encuentre afectado a un uso público, circunstancia que conlleva una limitación en el derecho de dominio respecto de dicho bien.

NATURALEZA JURIDICA DE LOS BIENES - Determinación

Lo dicho no implica que el criterio que ha de prevalecer para determinar la naturaleza jurídica de los bienes sea el de la afectación de los mismos, pues tampoco puede soslayarse la importancia del principio que ha dado en denominarse como el de dominio eminente, en virtud del cual la Nación, en cuanto titular y a través del Estado por conducto de las autoridades nacionales o de las de sus entidades territoriales, ejecuta actos de soberanía respecto de algunos de esos bienes públicos en vez de actos de dominio sobre los mismos,

traducidos en el ejercicio de una verdadera potestad regulatoria respecto de su manejo y de las garantías que deben acompañarles. En el anterior orden de ideas, dentro de la categoría de los bienes públicos debe darse cuenta de (i) aquellos bienes de la Nación criterio de la titularidad en relación con los cuales la misma ejerce una relación de soberanía o de dominio eminente y de (ii) aquellos bienes de dominio público criterio de la afectación respecto de los cuales se tiene en cuenta la finalidad pública a la que los mismos tienen la vocación de servir y que constituyen un género dentro del cual pueden ser identificadas varias especies.

BIENES PUBLICOS - De uso público y fiscales

No obstante lo anterior, de manera muy temprana el Código Civil había introducido ya una clasificación de los bienes públicos de acuerdo con la cual resulta necesario distinguir entre los bienes de uso público, de un lado y los bienes fiscales, de otro, teniendo en cuenta, además, que entre éstos últimos pueden identificarse, a su turno, dos modalidades específicas cuales son los bienes fiscales propiamente tales y los bienes fiscales adjudicables; la primigenia distinción referida se sustenta en lo normado por el artículo 674 del mencionado cuerpo normativo. Los bienes fiscales son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de un bien de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio; de esta categoría de bienes de dominio público es preciso destacar, como rasgos que les distinguen, el carácter de embargables y de enajenables, toda vez que su régimen jurídico resulta similar al que el ordenamiento jurídico dispensa a la propiedad privada o particular.

BIENES FISCALES DEL ESTADO - Características

Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles.

BIENES DE USO PUBLICO - Régimen jurídico

La referida comparación conduce a realizar una sucinta alusión al régimen jurídico propio de los bienes de uso público, asunto del cual se ha ocupado en diversas ocasiones esta Sala para señalar, con carácter general, que los aludidos bienes son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado o, en estricto sentido, a la Nación, según se verá y cuya afectación o destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio, propósito éste en virtud del cual las entidades responsables de su manejo ejercen unas potestades de regulación, administración, control y vigilancia que lejos de permitir la asimilación entre la propiedad privada y la titularidad que ostentan respecto de dichos bienes, apunta, exclusivamente, a propender porque se respete y se garantice el destino natural o jurídico de los mismos, que no es otro que el de servir a su utilización, en las condiciones que se correspondan con la naturaleza del bien y con la razonable y proporcionada reglamentación que su adecuado uso

determinen, por parte de la colectividad, que es su verdadera titular, a través de la Nación, como expresamente lo establece, actualmente, la Carta Política, de lo cual ha tomado atenta nota la jurisprudencia. Como corolario de lo anterior, recae sobre el Estado, a través de sus distintas entidades, en su condición de gestoras que no de titulares, como acaba de precisarse de los bienes de uso público, la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a dichos bienes, exigencia que alcanza raigambre constitucional en la medida en que el artículo 82 superior impone al Estado el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público dentro del cual, como a continuación se detallará, el derecho positivo nacional ha tenido a bien incluir a los bienes de uso público y porque se garantice su destinación al uso común, el cual está llamado a prevalecer sobre el interés particular. Tales consideraciones determinan que la condición de uso público de un bien repugne con el establecimiento de derechos exclusivos, en relación con el mismo, en beneficio de un exclusivo titular sea éste de naturaleza pública o privada distinto de la Nación, a voces de lo normado por el artículo 102 de la Carta.

BIENES DE USO PÚBLICO - Características

En consonancia con cuanto se viene exponiendo, la Constitución Política de 1991, con el fin de proteger los bienes de uso público y de dotar a los encargados de su administración y manejo de fundamentos jurídicos en los cuales sustentar su gestión encaminada a procurar que se alcance el destino constitucionalmente asignado a dichos bienes su uso por parte de la comunidad, decidió revestirlos de las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 63 superior; por intermedio de las referidas tres garantías o condiciones inherentes a este tipo de bienes se pretende que los mismos queden por fuera del comercio (inalienabilidad); que no puedan constituirse en objeto material de medidas cautelares adoptadas en procesos judiciales (inembargabilidad) y que no sean susceptibles de adquirir por usucapión (imprescriptibilidad). A las anotadas tres fundamentales garantías jurídicas constitucionalmente instituidas en relación con los bienes de uso público y, como no podría ser de otro modo, en beneficio de la titular de los mismos, vale decir, de la colectividad entera representada en la Nación debe añadirse la igualmente importante, aunque de estirpe legal, consagrada en el artículo 6 de la Ley 9ª de 1989, por virtud de la cual el destino de los bienes de uso público sólo puede ser variado por los concejos municipales y distritales, a iniciativa de los respectivos alcaldes, bajo la condición de que sean canjeados por otros bienes de características similares; consecuentemente con el referido postulado, esta Sala ha remarcado la importancia de precisar que los negocios que llegaren a realizar las entidades públicas responsables del manejo de los bienes de uso público y que solamente en consideración a dicha responsabilidad los incluyen en su patrimonio, no varían la naturaleza de los mismos, pues sólo los entes mencionados se encuentran normativamente autorizados para mutar la naturaleza de tales bienes, previa observancia de las exigencias tanto sustanciales como procedimentales establecidas en la ley para tal efecto.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de los rasgos característicos de los bienes de uso público, Corte Constitucional, sentencias T-566 de 1992; C-108 de 2004. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 6 de julio de 2005, exp. 12249; de febrero 16 de 2001, exp. 16596.

ESPACIO PUBLICO - Connotaciones y alcances

Todo lo hasta ahora expresado evidencia que el concepto de espacio público descrito en el Código Civil colombiano tiene hoy connotaciones y alcances que superan la clásica referencia que en el mencionado cuerpo normativo se efectúa a las calles, plazas, puentes y caminos, de suerte tal que la noción en comento se ha ampliado en la época actual comprende, de forma más general y abstracta, todos aquellos bienes públicos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, en virtud del explicado contenido de la idea de afectación al uso público; contemporáneamente, por tanto, resulta viable sostener que si bien es cierto en el sistema jurídico colombiano la tradicional clasificación de los bienes públicos que distingue entre fiscales y de uso público sigue teniendo vigencia, no es menos cierto que después de la expedición de la Constitución Política en 1991 dicha tipología parece resultar insuficiente para reflejar el amplio panorama que ofrece el manejo de los bienes públicos, panorama en el cual debe darse noticia de la existencia de modalidades de bienes que, por la singularidad de sus características, no siempre resulta sencillo encuadrar en las conceptualizaciones tradicionales, cosa que ocurre, por vía de ejemplo, con el patrimonio histórico y cultural, con las tierras de resguardo y con el segmento del espectro electromagnético.

BIENES DESTINADOS A LA RECREACION Y EL DEPORTE EN EL DISTRITO CAPITAL - Régimen jurídico aplicable

Mediante el Decreto-Ley 1421 de 1993 se expidió el régimen jurídico especial para el Distrito Capital de Bogotá, en desarrollo de las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, conjunto normativo aquél que, entre muchas otras materias, se ocupó de introducir algunas previsiones en punto a las entidades a las cuales corresponde promover la recreación y el deporte en la ciudad y, asimismo, de establecer algunos parámetros respecto del manejo de los bienes a cargo de las referidas instituciones. El referido Decreto 2537 de 1993 fue demandado en acción de nulidad ante esta Corporación, por considerar el entonces accionante que el acto administrativo general en cuestión vulnera lo dispuesto por los artículos 63 y 82 de la Constitución Política, en relación con las características y el manejo que resulta constitucionalmente admisible respecto de los bienes de uso público destinados a la recreación y el deporte. Sin embargo, al pronunciamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado mediante el cual se falló el correspondiente proceso, así como a los desarrollos jurisprudenciales de la Sección Tercera en relación con este mismo extremo, se hará referencia en posterior acápite dentro del presente proveído. Baste, por el momento, con reseñar que, en cuanto tiene que ver con el manejo de los bienes de uso público en general y de los destinados a la recreación y el deporte, en particular, en el Distrito Capital el Acuerdo No. 6 de 1990, "[P]or medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones" norma vigente en esta materia al momento de la celebración del contrato que se encuentra en el origen de la controversia que mediante el presente pronunciamiento se dirime, se ocupó de regular diversos aspectos relacionados con la identificación, características y régimen jurídico de este tipo de bienes.

ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES CONSULTABLES EN LA PAGINA WEB DE LA ENTIDAD QUE LOS PROFIRIO - No requieren aportarse en copia auténtica al proceso

Debe la Sala advertir que si bien no se allegó al expediente copia auténtica de los actos administrativos generales de alcance distrital a los cuales se acaba de hacer alusión, en los términos previstos en los artículos 188 del C. de P.C. y 141 del C.C.A., los referidos conjuntos normativos pueden ser consultados libremente en la página web de la Alcaldía Mayor de Bogotá, razón por la cual deben ser tenidos en consideración por el Juez al momento de fallar, comoquiera que los avances de las nuevas Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones ("TICS") ponen a disposición del operador jurídico diversos elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial, con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales, como lo ha reconocido, sin ambages, tanto el derecho positivo nacional como la jurisprudencia de esta Sección.

COLISEO CUBIERTO EL CAMPIN - Naturaleza jurídica

Con base en los planteamientos efectuados, procederá la Sala a precisar cuál es la naturaleza jurídica del inmueble objeto material del contrato número 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente encuadernamiento, teniendo en cuenta que alcanzar la claridad en torno a dicho extremo resulta cardinal a efectos de desatar la litis comoquiera que, de un lado, ello reviste capital incidencia de cara a la identificación de la naturaleza del negocio jurídico en cuestión, asunto en relación con el cual el fallo apelado, de manera escueta y sin arribar a conclusión alguna respecto del punto en comento, determinó que dicho negocio realmente "fue una concesión de servicio público y no un arrendamiento, pues el bien entregado, el coliseo cubierto de El Campín, con independencia de su condición de uso público o fiscal, está destinado a un servicio de tal naturaleza como es el de la recreación de los habitantes del Distrito Capital". Lo expuesto conduce inexorablemente a preguntar por la destinación jurídica propia del coliseo "El ín", con el propósito de identificar su naturaleza, esto es, cuestionar si la razón de ser de la existencia de las instalaciones de dicho inmueble es el funcionamiento del ente estatal a cuyo cargo las mismas se encuentran o a la prestación de un servicio encomendado a la respectiva entidad, de suerte que el manejo del bien debe observar las reglas del derecho común caso en el cual se estaría en presencia de un bien fiscal o si, por el contrario, la vocación de dichas instalaciones es la de servir al uso común o se encuentran afectadas al uso público, lo cual significa que el uso y goce de las mismas pertenece a la colectividad y no exclusivamente a la entidad pública que administra el bien; debe, asimismo, clarificarse si el hecho de que el uso del bien se encuentre sujeto a una reglamentación que impone límites y condiciones para su utilización por parte de la comunidad, inclusive a través de la fijación de unas tarifas de acceso a las dependencias del mismo, conduce necesariamente a concluir que se trata de un bien fiscal, como lo sostiene la parte actora en el presente litigio.

COLISEO CUBIERTO EL CAMPIN - Destinación jurídica

En el anterior orden de ideas, si bien es cierto que el coliseo "El Campín" difícilmente podría encuadrarse en la categoría de los que han dado en denominarse como bienes de dominio público por naturaleza -definidos en la ley, según se vio, como aquellos que reúnen

determinadas condiciones físicas, como los ríos, los torrentes, las playas marítimas y fluviales, las radas, entre otros-, no es menos cierto que constituye un paradigmático ejemplo de aquellos bienes que no obstante constituir una obra del hombre, se encuentran afectados al uso público en forma directa, cosa que ocurre también con los caminos, las carreteras, los puertos, los puentes y los demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y cuidado han sido normativamente encomendados, por regla general, a las autoridades públicas locales. No cabe duda, por tanto, de que el coliseo "El Campín" es un bien que no se encuentra destinado al funcionamiento de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá -entidad encargada de su gestión-, sino que su uso pertenece a todos los habitantes, ocasionales o permanentes, de la ciudad, quienes podrán utilizar las instalaciones del coliseo en las condiciones y de acuerdo con los reglamentos que, fijados por las instancias encargadas de administrar el inmueble, garanticen su adecuada conservación, su mantenimiento y el empleo de sus dependencias en condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad para los ciudadanos; esta última precisión permite aclarar que la circunstancia consistente en que el uso del bien en comento se encuentre sujeto a una reglamentación que impone límites y condiciones para su disfrute por parte de la comunidad, inclusive a través de la fijación de horarios, restricciones y tarifas de acceso a las instalaciones del mismo, no conlleva un cambio de su naturaleza jurídica, en virtud del cual haya de concluirse que realmente se trata de un bien fiscal, pues la afectación al uso público o al destino común en manera alguna quiere significar, necesariamente, gratuidad, ausencia de limitaciones o de regulaciones que se correspondan con las finalidades a las cuales debe apuntar el manejo del bien, ni mucho menos libertad absoluta e irrestricta de acceso para cualquier persona interesada, en cualquier tipo de condiciones.

CONTRATO 002 DE 1994 - Naturaleza jurídica / REGIMEN JURIDICO - Ley 80 de 1993

Ahora bien, según se deja reseñado, el contrato número 002 de 1994 fue celebrado entre las partes en el sub lite el día 7 de enero de 1994, momento para el cual ya había sido promulgada y ya habían cobrado vigor las disposiciones de la Ley 80 de 1993, luego tales referencias temporales obligan a concluir que el régimen jurídico aplicable al aludido contrato es el contenido en la mencionada Ley 80; ni siquiera cabe, en el presente caso, el reparo que podría formularse en el sentido de señalar que el procedimiento precontractual que debió surtirse de manera previa a la celebración del negocio jurídico en el cual se origina el presente litigio, habría tenido que regirse por los dictados del Decreto-ley 222 de 1983, comoquiera que la mayor parte de las disposiciones que regulan la materia en la Ley 80 apenas habrían entrado en vigencia el día 1 de enero de 1994. Frente a tal anotación cobra importancia lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto-ley 1421 de 1993, cuyo contenido permite disipar cualquier duda interpretativa al respecto, toda vez que de conformidad con esa disposición, "las normas del Estatuto General de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación", ocurrida el 28 de octubre de 1993, "inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto", por manera que es evidente que la regulación de la Ley 80 en materia de procedimientos administrativos de selección de contratistas se encuentra vigente en el Distrito Capital desde esta última fecha

y, consecuentemente, resultaban aplicables a la escogencia del co-contratante de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá en el presente asunto.

TIPO CONTRACTUAL CELEBRADO - Determinación / TIPO CONTRACTUAL - Se establece con independencia del nombre, rótulo o título que al vínculo contractual le hayan dado las partes

Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad -de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

CONTRATO TIPICO - Definición / CONTRATO NOMINADO - Noción / TIPO CONTRACTUAL - Está integrado por la síntesis de sus elementos esenciales y por aquellos que precisan su naturaleza y singular identidad

Según el anterior orden de ideas, será contrato típico aquel negocio jurídico cuya estructura se encuentra predispuesta por la ley o por las prácticas sociales -esto es, con tipicidad legal o social- y contrato nominado aquél que cuenta con un nomen que sirve para distinguirlo o identificarlo; por lo demás, resulta usual que los típicos también sean nominados y viceversa, aunque ello no supone necesariamente que tales categorías lleguen a confundirse, comoquiera que pueden existir contratos nominados, incluso por la ley, pero carentes de tipicidad acerca de los elementos que los integran o estructuran; a su turno, será atípico el contrato cuya estructura o molde no está consagrado y menos regulado en la ley, ni en los usos o en las prácticas sociales, habida cuenta de que su creación se produce ex novo, como producto bien de la mezcla de elementos propios de tipos contractuales previamente existentes, bien de la combinación de éstos con elementos originales o regidos por normas generales o próximas; en otros términos, como lo ha indicado la doctrina. En definitiva, cada tipo contractual está integrado por la síntesis de sus elementos esenciales, vale decir, de aquellos ingredientes sin los cuales o no produce efecto alguno o "degenera en otro contrato diferente" -artículo 1501 C.C.- o se reputa inexistente artículo 891 C. de Co.-, así como por aquellos elementos que precisan su naturaleza y singular identidad, con independencia del nombre, rótulo o título que al vínculo contractual concreto hayan optado por asignar las partes, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Elementos característicos y régimen jurídico

El de arrendamiento es un contrato en el cual las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil. Como se aprecia, el tratamiento que el ordenamiento civil dispensa a este tipo contractual se caracteriza por conferirle unos alcances similares a los que le eran propios en el derecho romano, en el cual fue entendido como toda locatio conductio, tanto referida a cosas (locatio conductio rei) como a servicios (locatio conductio operarum) o a obras (locatio conductio operis); empero, en el tráfico jurídico contemporáneo la voz arrendamiento se circunscribe solamente a las cosas, pues el régimen jurídico de los demás servicios se ha independizado -caso de los que emanan de la fuerza humana, los cuales han abandonado la regulación civilista para ser normados por disposiciones especiales y de orden público o de los demás servicios que también han pasado a ser desarrollados por disposiciones autónomas, como ocurre con los contratos de obra o de transporte-, por manera que la noción actual de arrendamiento sólo comprende el acuerdo por cuya virtud las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por dicho goce un precio determinado, quedando claro que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorporales, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar -artículo 1974 C.C.-.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Características

De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su bilateralidad, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su onerosidad, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su conmutatividad, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo. El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - En algunas ocasiones puede considerársele como un verdadero negocio de disposición

De otro lado, si bien se ha entendido de manera generalizada que el arrendamiento es un negocio meramente de administración -es decir, un tipo de negocio en el cual el derecho implicado, especialmente el de propiedad, no se transmite, ni se grava o limita, sino que simplemente supone el ejercicio de las facultades de uso o de goce, de mejoramiento o de

conservación del bien-, en algunas ocasiones puede considerársele como un verdadero negocio de disposición -esto es, aquel que conlleva enajenación o gravamen de un derecho patrimonial-; así pues, siempre que el arrendamiento se reduce a una vinculación de corto tiempo entre arrendador y arrendatario, se tratará de un negocio de administración; en cambio, cuando el arriendo se extiende por más de cinco años, la regulación que del tema efectúa el Código Civil da lugar a entender que se trata de un verdadero negocio de disposición e, incluso, que se trata de uno de los casos en los cuales el arrendamiento da lugar a que la relación material del arrendatario con la cosa arrendada constituya un auténtico derecho real; lo expuesto -es decir, que el negocio será de disposición- también ocurriría cuando junto con el arriendo "se otorgan amplias facultades de uso y disfrute, como las de mejorar la cosa por parte del arrendatario [caso en el cual el arrendamiento], es negocio de disposición y no de mera administración".

ARRENDADOR - Obligaciones derivadas del contrato arrendamiento

De la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual, interesa referirse, a los efectos del asunto sub examine, a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) la de entrega material de la cosa, la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado; (ii) la de mantenimiento de la cosa en estado de servicio, es decir, en el mismo estado en el cual la entregó, durante la totalidad del plazo contractual, obligación de la cual se deriva para el arrendador la necesidad de efectuar "todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden al arrendatario" -artículo 1985 C.C-. Y, finalmente, (iii) la obligación de evitar, impedir o hacer cesar turbaciones al derecho de disfrute de la cosa por parte del arrendatario, corolario de la circunstancia consistente en que el arrendador es propietario o tiene algún derecho sobre la cosa que lo autoriza para arrendarla y para garantizar que el arrendatario no será perturbado en dicho goce; ésta es una garantía que trasluce la regla, de alcance más general, en virtud de la cual la cosa entregada debe servir para el destino natural que se pretende satisfacer, lo cual comprende tanto que la cosa no tenga vicios que la hagan inepta para el fin del contrato, como que el arrendatario no será perturbado en su goce por hechos del arrendador o de terceros.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Elementos que identifican su naturaleza jurídica

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

CONTRATO DE CONCESION - Elementos característicos y régimen jurídico

La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar

económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, al recoger la evolución normativa en relación con la materia, de manera general define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden -artículo 32, numeral 4°.

CONTRATO DE CONCESION - Noción

En otras palabras y como en precedente ocasión lo ha expresado la Sala, por virtud de la concesión una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal; en la doctrina, asimismo, se han formulado multiplicidad de conceptualizaciones respecto del tipo contractual en comento; entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jèze, para quien "por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión". Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera; en otros términos, se trata de una modalidad contractual. Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor

de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80.

CONTRATO DE CONCESION - Amplitud de su objeto

En relación con (i) la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, la concesión de servicio público tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, la concesión de obra pública es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la Ley 105 de 1993, cuyo artículo 30, al disciplinar la concesión de obra pública, previó que "[B]ajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno al (sic) capital invertido"; se ha señalado que el elemento diferencial de este contrato Y la tercera modalidad de concesión en referencia, la concesión de bien público, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público -sea fiscal o de uso público-, comoquiera que puede "ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión". No obstante lo anterior, la Sala igualmente ha indicado que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres posibilidades enunciadas, pues así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley -artículo 2º ordinal 3 ley 80 de 1993-.

ENTIDAD CONCEDENTE - Facultades de dirección, vigilancia y control respecto del concesionario

Por cuanto atañe a (ii) la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales, la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario -concesión de servicio público- y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos -concesión de bien público-, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, "el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones

de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión...".

CONCESIONARIO - Tiene la obligación de asumir la ejecución de la concesión por su cuenta y riesgo

Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales.

CONTRATO DE CONCESION - Se distingue de otros tipos negociales por la parte que asume la financiación de la ejecución de la obra, la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien

Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto -obra pública, servicios públicos, etcétera- por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente - o autorización de recaudo o pago directo- de "derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

CONTRATO DE CONCESION - La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución de la concesión constituye su elemento básico

La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, "distingue claramente la

concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio"; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos.

CONTRATO DE CONCESION - Utilidad / VENTAJA ECONOMICA - Es el retorno de la inversión realizada

En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado -equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra-, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido. Consustancial, por consiguiente, al concepto de concesión, resulta que el concesionario tendrá a su cargo la ejecución del objeto del negocio concesional por su cuenta y riesgo, lo cual le adscribe la responsabilidad de la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida, el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra y, de esta forma, igualmente se garantice la obtención de las utilidades lícitas que lo movieron a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

CONTRATO DE CONCESION - Elementos que definen su naturaleza jurídica

En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión -sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes- son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial

vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, "puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" -artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993- y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

CONTRATO 002 DE 2004 - Es un verdadero contrato de concesión

El examen de las estipulaciones contenidas en el contrato de marras atendiendo a la caracterización que se ha efectuado en relación con los tipos contractuales del arrendamiento y la concesión, conduce a la Sala a concluir -coincidiendo en ello con el Tribunal a quo- que el contrato estatal No. 002 de 1994, suscrito entre Coinverpro Ltda., y la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, es un contrato de concesión y no uno de arrendamiento, como indebidamente dio en denominársele, toda vez que incorpora los elementos que permiten identificar la especial función económico-social que está llamado a cumplir el primero de los aludidos tipos contractuales y no el segundo, circunstancia que se hace evidente si se tienen en cuenta los siguientes apartes del clausulado del contrato, relacionados en la letra a) del apartado 2.3 del presente proveído.

ADECUACION Y EXPLOTACION DEL COLISEO EL CAMPIN - El contratista asumió tal obligación por su cuenta y riesgo

Así pues, el riesgo de conseguir la financiación para ejecutar el objeto del contrato e, incluso, el del diseño, planificación y ejecución de las obras correspondientes, así como los riesgos derivados de la explotación del bien de uso público en mención, fueron expresa y explícitamente asignados a la sociedad contratista, con lo cual se configura el principal elemento de la concesión, el cual permite identificarla como un negocio financiero, con la singularidad de que esta especial concesión comparte elementos de las tres modalidades de este género contractual: concesión de obra pública, concesión de servicio público y concesión para la explotación de un bien de uso público; ello se desprende del hecho consistente en que el contrato comprende la obligación, a cargo de la sociedad contratista, de construir las obras públicas necesarias para la adecuación del Coliseo "El Campín" como escenario destinado al cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios públicos encomendados al ente estatal que es su propietario -recreación y deporte, como componentes del derecho a la educación, según lo preceptúan los artículos 52 y 67 superiores-, tal como lo revelan la citada cláusula quinta y también las consideraciones que preceden el clausulado contractual. Lo anterior pone de presente que el contrato en estudio tiene elementos del objeto propio de las concesiones de obra pública y de servicio público; empero, también comporta prestaciones características de la concesión para la explotación de bienes de uso público, como se hace evidente tanto en la ya citada cláusula quinta, como

en el otrosí suscrito el día 7 de enero de 1994, en el cual se dejó explícito que el coliseo, que es bien de uso público como suficientemente se explicó, está destinado y ha de destinarse a la prestación del servicio público que constituye su propósito natural, esto es, las actividades recreativas y deportivas por parte de la comunidad.

IDENTIFICACION DEL TIPO CONTRACTUAL CELEBRADO - Lo determinante es la presencia de los elementos que determinan la función económico social del negocio / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Fueron los propios de un contrato de concesión

Más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado y, consecuentemente, el régimen jurídico que debe serle aplicado, es la presencia de los elementos que determinan la función económico-social del negocio o, en los términos utilizados por el artículo 1501 del Código Civil, de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente; y para la Sala los elementos del contrato número 002 de 1994 celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., son los propios de un contrato de concesión, razón por la cual es el régimen jurídico propio de este tipo negocial el que debieron observar las partes antes, durante y tras su celebración; el mismo que debe aplicar el Juez de lo Contencioso Administrativo con el fin de desatar el presente litigio.

BIENES DE USO PUBLICO - No son susceptibles de arrendamiento

Admitir la posibilidad de que los bienes de uso público puedan ser susceptibles de convertirse en objeto material de un contrato de arrendamiento supondría soslayar el mandato contenido en el artículo 63 de la Carta, el cual determina que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables y si, como ya se dijo, tal inalienabilidad comporta el que los aludidos bienes se encuentren fuera del tráfico civil y mercantil, resulta censurable la celebración de negocios jurídicos en contravía de tal disposición; tales negocios se encuentran prohibidos y, en caso de ser celebrados, resultarían violatorios de normas de orden público, con lo cual quedarían afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, además de que transgredirían lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 9ª de 1989, en la medida en que conllevarían una desafectación velada del respectivo bien de uso público, pretermitiendo así los requisitos y el procedimiento que a tal efecto prevé la citada disposición. En conclusión, las particularidades propias de los bienes de uso público impiden que ellos puedan constituirse en objetos materiales de un contrato de arrendamiento, pues la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo de determinadas personas -menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares- torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento, cual es el referido a que el precio que paga el arrendatario lo entrega al arrendador a cambio de que se le conceda el uso y goce exclusivo de la cosa

arrendada. En la medida en que esa exclusividad resulta insostenible jurídicamente cuando se trata de bienes de uso público, es evidente que éstos no pueden constituirse en objeto material de contratos de arrendamiento. Razón de más, si cabe, para insistir en que el contrato No. 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente proceso, jurídicamente NO puede ser de arrendamiento, aunque tal hubiera sido el nomen que, en su momento, le atribuyeron las partes y, por tanto, si en realidad dicho contrato hubiere correspondido al tipo de arrendamiento necesariamente la Sala habría debido declararlo nulo, de nulidad absoluta, en cumplimiento de las disposiciones consagradas en tal sentido tanto en el artículo 45 de la Ley 80 como en el artículo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, regulación que en lo general coincide con las previsiones consagradas en el artículo 1742 del Código Civil.

COMUNICACION QUE DIO A CONOCER LAS DECISIONES DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - No es un acto administrativo porque hacía parte de la operación administrativa adelantada para retomar el Coliseo el Campín

Pues bien, mediante el demandado oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994, el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá se limitó a poner de presente al Gerente de Coinverpro Ltda., que las resoluciones mediante las cuales se declaró unilateralmente terminado el contrato número 002 de 1994 se encuentran ejecutoriadas y a requerir, en consecuencia, la restitución del coliseo cubierto "El Campín" a la entidad contratante, cuestión ésta para la cual se confiere a la sociedad contratista un plazo de treinta días. Así las cosas, si se tiene en cuenta que, efectivamente, en el momento en el cual se expidió el oficio en comento la resolución número 0089 del 23 de febrero de 1994, mediante la cual el Director Ejecutivo de la entidad demandada dio por terminado unilateralmente el contrato número 002 de 1994 y ordenó la restitución del coliseo "El Campín" se encontraba ya ejecutoriada -pues adquirió firmeza el día 29 de marzo de la misma anualidad, fecha en la que se notificó personalmente la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los mencionados actos -en virtud de lo normado por el artículo 62-2 del C.C.A., no puede menos que concluirse que el oficio en cuestión carece de contenido decisorio alguno, pues es bien sabido que desde el día siguiente a aquél en el cual el acto administrativo queda en firme -en el presente asunto, desde el 30 de marzo de 1994-, la autoridad que adoptó la decisión queda facultada -y a la vez obligada- a ejecutar el contenido de la determinación que adoptó; por tanto, el plazo de treinta días concedido en el demandado oficio de fecha 7 de abril de 1994, no crea, no extingue y no modifica situación jurídica alguna; carece de contenido decisorio -la decisión ya había sido adoptada en las dos resoluciones mencionadas y las mismas podían ser ejecutadas una vez que adquirieron firmeza-; consecuentemente, la multicitada comunicación debe entenderse como parte de la operación administrativa adelantada por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá con el propósito de hacer cumplir las aludidas decisiones que había proferido, las cuales están acompañadas de la presunción de legalidad y de carácter ejecutivo y ejecutorio. Por consiguiente, toda vez que el demandado oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994, expedido por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de

Deportes de Bogotá, no constituye un acto administrativo, la Sala se declarará inhibida para efectuar pronunciamiento alguno en punto a su legalidad.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Diferente a la declaración judicial de nulidad del mismo

Las evidentes diferencias existentes entre la terminación unilateral del contrato en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y la declaración judicial de nulidad del mismo, según se ha expuesto, descartan que el Legislador, a través de la inclusión de la anotada potestad en el Estatuto General de Contratación Estatal, hubiere transgredido el principio constitucional de separación de poderes, previsto en el artículo 113 superior, confiriéndole atribuciones jurisdiccionales a autoridades administrativas en materias en las cuales la Carta no lo autoriza. Como se viene de explicar, la atribución en comento en manos de la Administración constituye apenas una prerrogativa más de poder público que el Legislador, dentro de su margen de libertad de configuración en la materia, ha decidido entregar, junto con otras, a las entidades estatales, todo en consideración a la preeminencia y salvaguarda del interés general como principio que informa la actividad contractual de las mismas y en el cual se sustenta, a su vez, la función de dirección, control y vigilancia de la referida actividad contractual que tienen a su cargo. El acto administrativo que en ejercicio de la cuestionada facultad se profiere, en consecuencia, se halla plenamente sometido al control judicial posterior por parte del Juez del contrato, en cuya órbita se mantiene incólume, por tanto, la atribución constitucional de decisión posterior y definitiva en torno a la validez del convenio; en ese orden de ideas, el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 tan sólo establece, en un supuesto adicional a muchos otros en los cuales así lo hace el ordenamiento -en general, siempre que se faculta para la expedición de actos administrativos, a través de los cuales la Administración dice el Derecho para los casos concretos, pero no de manera definitiva, sino provisoria, sujeta a posterior pronunciamiento jurisdiccional, aunque con la firmeza suficiente para ejecutar lo decidido en sede administrativa gracias a la presunción de legalidad y al carácter ejecutivo y ejecutorio que acompaña a los actos correspondientes- el privilegio de la decisión previa en manos de la Administración.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Por encontrarlo incurso en alguna de las causales de nulidad absoluta contempladas en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993

Ese privilegio de decisión previa que se atribuye a la Administración, corolario del privilegio de la autotutela del cual se la inviste en el Estado de Derecho -y que suele oponerse al rasgo de la "heterotutela", como inherente a las relaciones jurídicas trabadas entre particulares-, adicionalmente, no es extraño que el ordenamiento jurídico colombiano lo ponga al alcance de las autoridades administrativas para que éstas puedan pronunciarse previamente respecto de la conformidad a derecho de su propia actuación y/o de sus propias determinaciones; piénsese, en tal sentido, en la facultad de revocatoria directa de los actos administrativos cuando los mismos incurren en manifiesta contradicción con la Constitución o con la ley -artículo 69-2 del C.C.A.-: en tal evento, en claro paralelismo con lo normado por el referido artículo 45 de la Ley 80 de 1993, se ha atribuido a la Administración la facultad de llevar a cabo un examen de puro Derecho en torno a la juridicidad de sus propias decisiones,

con la posibilidad de revocarlas motu proprio y sin que tal decisión constituya un pronunciamiento jurisdiccional; de hecho, nadie discute que se trata de una decisión administrativa plenamente sometida al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así pues, las razones que se acaban de exponer permiten evidenciar la falta de fundamento que afecta los planteamientos formulados por la sociedad accionante en punto a la supuesta contrariedad con el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, en relación con la potestad de terminación unilateral del contrato en virtud de lo normado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, estima oportuno la Sala expresar su preocupación en torno a una particular comprensión respecto de la manera en que debe ser ejercida la potestad mencionada, la cual podría comportar el desconocimiento de la garantía, también de estirpe constitucional, del debido proceso, si se admite, como lo aduce la sociedad accionante, que la terminación unilateral del contrato puede ser decidida, en los supuestos encuadrables en el mencionado artículo 45 del Estatuto Contractual, de plano, sin audiencia del contratista y sin actuación alguna previa al proferimiento del acto administrativo correspondiente.

POTESTAD DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - No puede ser ejercida con desconocimiento del derecho al debido proceso

No obstante provenir de la Corte Constitucional, no puede la Sala compartir las anteriores aseveraciones. Para el derecho administrativo colombiano actual constituye prácticamente un lugar común sostener que en el procedimiento administrativo formalizado —es decir, en el que debe seguirse por la Administración antes, durante y después de la adopción de decisiones contenidas en actos administrativos— son claramente diferenciables —y están debidamente reguladas en la ley— una etapa anterior a la expedición del acto —actuación administrativa previa— y una —o más, según que se incorporen, o no, dentro de la misma, las posibilidades de impugnación, la publicitación y la materialización de lo decidido— posterior, consistente en permitir a los administrados controvertir, aún en sede administrativa, la manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos que les conciernen, antes de que la misma sea ejecutada —vía gubernativa—. Sin duda la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 y en particular de dos de sus disposiciones —los artículos 29 y 209— constituye una baza fundamental en la progresión que en la referida dirección ya venía evidenciándose, de manera que favoreció la consolidación del procedimiento administrativo como un espacio aún más propicio para garantizar la protección de los intereses generales y particulares, porque resultaba injustificable que en materia judicial se garantizaran, sin ambages, el derecho de defensa y el debido proceso, mientras que, en materia administrativa, tan caras garantías no tuvieran reconocida tal entidad, al menos no con la claridad que era deseable. Lo anterior, de todas formas, no puede hacer perder de vista que el debido proceso administrativo debe coexistir con la necesidad y la obligación, a cargo de la Administración, de asegurar la efectividad de los principios de eficiencia, de economía, de celeridad y de eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo, con miras a la satisfacción del interés general, circunstancia que le impone, en su cotidiano quehacer, la carga de llevar a cabo una adecuada ponderación entre

tales intereses y propósitos, en aras de obtener una óptima gestión de lo público, en el marco de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales.

ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE CONCESION - Procedimiento legal / LICITACION PUBLICA - Noción

El párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 define la licitación pública como "el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable"; esta definición legal permite entender la licitación como un procedimiento administrativo conformado por una serie de actuaciones entrelazadas armónicamente entre sí, que provienen tanto de la Administración como de los oferentes, las cuales son de público conocimiento, con el fin de seleccionar, en condiciones de igualdad, la mejor propuesta que satisfaga el interés público. También se ha definido la licitación pública como un procedimiento administrativo, preparatorio de la voluntad contractual, conformado por un conjunto de actos combinados entre sí, con unidad de efectos jurídicos, el cual tiene como finalidad escoger al contratista más idóneo y que ofrezca las condiciones más favorables para la Administración, dentro de los límites y formalidades fijados por la ley, en protección de la legitimidad de la contratación y del interés público; la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de explicitar la definición, naturaleza, características y finalidad del procedimiento de la licitación pública. Sobre la forma en que debe estructurarse el procedimiento de selección del contratista en la modalidad de licitación o concurso públicos, el Estatuto de Contratación estatal vigente para la fecha de celebración del contrato que aquí se examina estableció, en su artículo 30, las reglas que lo rigen y que, por tanto, resultan vinculantes tanto para la Administración pública como para los participantes en la convocatoria, a la vez que señaló las etapas que deben ser agotadas. Es claro, entonces, que el procedimiento de licitación pública contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato. Ahora bien, el Estatuto Contractual de las Entidades Estatales impuso, como regla general, la realización de la licitación pública o del concurso de méritos, según el caso, para escoger al contratista de la Administración, regla general cuyas excepciones están constituidas por los supuestos indicados en el artículo 24 de la misma Ley.

LICITACION PUBLICA - Características

En este orden de ideas, resulta ineludible concluir que la licitación pública i) está regulada por normas en las cuales se encuentra interesado el orden público, toda vez que ii) está concebida legalmente como el procedimiento que con carácter general debe seguirse con el fin de seleccionar al contratista, dentro del íter de formación del contrato estatal; iii) tiene por objeto la selección del proponente que ofrezca las condiciones más ventajosas para los fines de interés público perseguidos con la contratación estatal; iv) consiste "en una

invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la mas ventajosa (adjudicación); v) está impuesta en forma obligatoria, salvo en los casos en los cuales expresamente el Legislador ha exceptuado su realización y vi) la omisión de su trámite cuando el mismo resulta imperativo, se encuentra prohibida por el ordenamiento que rige la contratación estatal -artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993-, así como por el artículo 16 del C.C., según el cual "[N]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". De acuerdo con tales premisas, ha de sostenerse que la licitación pública se encuentra regulada por disposiciones de orden público, incorporadas en el ordenamiento en interés de la colectividad, por manera que en aquellos eventos en los cuales se omita la realización de dicho procedimiento administrativo de selección del contratista, a pesar de no concurrir ninguno de los excepcionales supuestos legales que eximen de la obligatoriedad de dicha exigencia, se incurre en flagrante transgresión de lo normado por los artículos 16 del Código Civil y 24-8 de la Ley 80 de 1993; de ahí que la jurisprudencia de esta Sección haya considerado que la pretermisión del procedimiento de la licitación cuando no existe norma legal expresa que lo autorice, conduce a la invalidez del contrato por incurrir en la causal de nulidad absoluta, prevista en el entonces vigente aparte b) del artículo 78 del Decreto-ley 222 de 1983, de conformidad con la cual el contrato resulta absolutamente nulo "cuando contravenga normas de derecho público".

CONTRATO DE CONCESION DEL COLISEO CAMPIN - Se encuentra viciado de nulidad porque debió celebrarse mediante licitación pública

Por lo demás, entre los supuestos excepcionales que autorizan prescindir de la obligación de adelantar el procedimiento administrativo de licitación para la esocogencia del contratista - artículo 24 de la Ley 80 de 1993- no se contempla previsión alguna que resulte aplicable al contrato de concesión celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., mismo que, por tanto, ha de entenderse comprendido en la regla general que la aludida disposición contempla; por consiguiente, al haberse celebrado el contrato de concesión en estudio bajo la égida de las disposiciones de la Ley 80, prescindiendo de la licitación como mecanismo obligatorio para seleccionar al concesionario, sin que resultare aplicable una sola de las excepciones que la ley prevé en dicho sentido, el negocio jurídico así concluido, por las razones expuestas en el presente apartado, se encuentra viciado de nulidad.

PRETERMISION DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION OBJETIVA - No es constitutivo de la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993

Las reflexiones precedentemente efectuadas por la Sala en relación con los alcances de la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así como respecto de la incidencia que en la validez del negocio tiene la omisión del procedimiento de selección del contratista previsto en la ley, obligan a concluir que si bien es cierto que en la celebración del aludido contrato No. 0002 de 1994 se pretermitió el procedimiento de selección objetiva y ello dio lugar a la violación de los principios de

transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal -irregularidad que determina la nulidad absoluta del contrato por violación de normas de orden público y de obligatorio cumplimiento-, no resulta menos verídico que la entidad pública accionada carecía de la facultad consagrada en el segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 para declarar la terminación unilateral del contrato, pues por las razones que ya se han explicado, la pretermisión del procedimiento de selección objetiva de los contratistas no es constitutivo de la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80, comoquiera que la prohibición contenida en el artículo 24-8 ejusdem no reúne los requisitos para ser catalogada como una "expresa prohibición legal". En consecuencia, la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, al expedir los actos administrativos acusados y declarar la terminación unilateral del contrato No. 002 de 1994, por haberse pretermenido el procedimiento de selección objetiva impuesto por la ley, actuó por fuera del ámbito de su competencia al ejercer una facultad que no le había sido atribuida previamente por el ordenamiento, de suerte que las resoluciones así expedidas se encuentran viciadas de nulidad por falta de competencia funcional; dicha nulidad deberá ser declarada, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido en el libelo introductorio del proceso. Según lo explicara en otro lugar el Consejero ponente del presente pronunciamiento, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

CONTRATO ESTATAL - Nulidad absoluta

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, i) en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y ii) en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80. Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

OMISION EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LICITACION PARA LA ESCOGENCIA DE CONCESIONARIOS - Comporta la falta de uno de los elementos necesarios para su validez / CAUSAL DE NULIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 6 DEL CODIGO CIVIL - Vulneración de normas legales que condicionan el procedimiento de formación del contrato

Con fundamento en las anteriores precisiones en punto al catálogo de causales de nulidad absoluta de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano y visto y explicado como está, suficientemente, en el presente proveído, que al tratarse el contrato número 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., de un negocio jurídico de concesión y que la selección del contratista en este caso no se llevó a cabo siguiendo el procedimiento administrativo de licitación que para la escogencia de concesionarios demanda la normatividad contenida en la Ley 80, queda evidenciado que el contrato estatal en mención adolece de uno de los elementos necesarios para su validez, en cuanto no se observó el procedimiento que la ley imponía para la selección del contratista; a su turno, tal circunstancia da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil -incorporada en el Estatuto Contractual del Estado por virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80, según se explicó-, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, concretamente, de la prohibición general que contiene el numeral 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas.

DECLARATORIA OFICIOSA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Potestad jurisdiccional. Procedencia / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Como consecuencia de la pretermisión indebida de los procedimientos de selección objetiva del contratista

El inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que "la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ..."; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que "[E]l juez administrativo queda facultado para declararla de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes". Igualmente el artículo 1742 del Código Civil ordena: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;...". En relación con la potestad del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del

contrato, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que puede ejercerla al dictar el fallo "en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso". Bajo estos lineamientos y teniendo en cuenta que ha sido plenamente demostrado que el contrato No. 002 de 1994 se encuentra viciado de nulidad absoluta, por las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes respecto de la pretermisión del procedimiento administrativo de la licitación que la Ley 80 impone como obligatorio para la selección de contratistas tratándose de contratos estatales de concesión, así como también habida cuenta de que concurrieron al proceso las dos partes que celebraron el referido negocio, esto es, la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y la sociedad Coinverpro Ltda., la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato. Téngase en cuenta, se itera, que la nulidad absoluta se declarará por razón de la pretermisión indebida de los procedimientos de selección objetiva del contratista que debieron observarse habida consideración de la naturaleza jurídica del contrato celebrado, el cual, como suficientemente se ha justificado en el presente fallo, es un contrato de concesión y, por consiguiente, su celebración debía venir precedida de la escogencia del concesionario a través del procedimiento de licitación pública, mismo cuya omisión en el asunto sub lite da al traste con la legalidad del negocio jurídico celebrado.

CONTRATO DE CONCESION RESPECTO DEL COLISEO EL CAMPIN - Aún si fuese de arrendamiento sería igualmente nulo por objeto ilícito

De todas formas, no quiere la Sala pasar por alto que si bien es cierto que en el presente proceso se encuentra plenamente probado y ampliamente justificado que los elementos que permiten identificar la función económico-social del contrato estatal número 002 de 1994 celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., esto es, aquellos elementos –esenciales- sin los cuales el negocio celebrado no produce efecto alguno o "degenera" en otro diferente -a voces de lo normado por el artículo 1501 C.C.-, conducen indefectiblemente a concluir que el referido vínculo negocial constituye un contrato de concesión y que, por tanto, como se acaba de explicar es la omisión del procedimiento administrativo de licitación pública previa celebración del negocio lo que da al traste con la legalidad del mismo, no es menos cierto que así se admitiese, en gracia de discusión -que no se admite, por las razones ampliamente expuestas en precedencia- que la naturaleza jurídica del pluricitado negocio hubiera sido la de un contrato de arrendamiento, éste igualmente se encontraría viciado de nulidad, comoquiera que la condición de bien de uso público que acompaña al objeto material del convenio -es decir, al coliseo cubierto "El Campín"- determina que éste no pueda válidamente someterse a las limitaciones que a su destino jurídico impondrían las prestaciones derivadas del arriendo, por manera que el vínculo negocial, así concebido, adolecería de objeto ilícito y devendría en contrario a Derecho. El Código Civil, en su artículo 1523, establece que "[H]ay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes"; asimismo, el artículo 1519 ibídem señala que habrá objeto ilícito "en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación"; sin embargo, para que un acto o negocio jurídico tenga objeto ilícito no es indispensable que exista una prohibición especial y concreta de realizarlo o celebrarlo, pues en el ordenamiento jurídico colombiano

existe una norma general en este sentido, de la cual son meras aplicaciones las prohibiciones especiales contenidas en otras disposiciones; la norma general en mención, antes referida, es el artículo 16 del Código Civil, por cuya virtud "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

RESTITUCIONES MUTUAS - Improcedencia por tratarse de un contrato de tracto sucesivo

En reciente fallo del cual fue ponente el Consejero de Estado que presenta, asimismo, la ponencia con fundamento en la cual se profiere el presente proveído, la Sala se pronunció en los siguientes términos en cuanto atañe a las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal. En consecuencia, siguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al cual se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado el contrato declarado nulo cuando éste corresponde a un negocio jurídico de tracto sucesivo, como lo es el contrato de concesión realmente celebrado entre las partes en el presente proceso -según se ha explicitado en el presente pronunciamiento-, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 15.004.

ADMONICION AL CONTRATISTA - La obligatoriedad de acatar lo dispuesto en los actos administrativos ejecutoriados que no han sido suspendidos provisionalmente o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Lo anterior no obsta para que la Sala señale, con toda claridad, que tampoco resulta procedente acceder a las pretensiones de indemnización de perjuicios deprecadas por la parte actora, no sólo en consideración a que el contrato 002 de 1994 será declarado nulo a través del presente pronunciamiento y con ello quedan sin fundamento jurídico las reclamaciones que en el anotado sentido eleva la sociedad accionante, sino también teniendo en cuenta que ésta se encontraba en la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, a través de los actos administrativos mediante los cuales declaró unilateralmente terminado el aludido vínculo contractual, vale decir, la sociedad Coinverpro Ltda., se encontraba jurídicamente obligada a restituir el Coliseo "El Campín" a partir del momento mismo en el cual quedó ejecutoriada la resolución 0089 del 23 de febrero de 1994, proferida por la entidad demandada, ejecutoria que se configuró respecto del acto administrativo en mención, el día 29 de marzo de la misma anualidad, día en el cual se surtió la diligencia de notificación personal de la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquélla.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Improcedencia porque la parte actora se encontraba obligada a restituir el Coliseo El Campín

Y es que el acto administrativo mediante el cual la entidad pública contratante declaró terminado unilateralmente el contrato por encontrarlo incurso en una causal de nulidad, constituyó una decisión que definió el derecho para el caso concreto, con ejecutividad inmediata a partir del momento en el cual adquirió firmeza; se trata de una determinación administrativa acompañada de la presunción de legalidad, ejecutiva y ejecutoria, a la cual los particulares deben acatamiento y obediencia a partir del momento en el cual adquirió firmeza, más allá de que en el juicio respectivo se declare la nulidad de tales actos administrativos, puesto que en modo alguno podría prohijarse la administración de justicia por propia mano del particular que decida, por sí y ante sí, desconocer los efectos jurídicos de los actos administrativos que se encuentran en firme, cuestión a la cual sólo podría procederse en aquellos específicos eventos en los cuales así lo autorice la autoridad jurisdiccional competente en virtud de una decisión de suspensión provisional o de declaratoria de nulidad ordenada en sentencia definitiva, hipótesis éstas que, en el asunto sub examine, no han tenido lugar.

ACTO ADMINISTRATIVO - Validez y eficacia. Diferencias

En línea con la aseveración inmediatamente precedente, tanto la legislación como la jurisprudencia de esta Corporación y la propia doctrina —nacional y comparada—, se han ocupado de distinguir con claridad las nociones de validez y de eficacia del acto administrativo, por entender que denotan fenómenos jurídicos completamente disímiles si se tiene en cuenta que la validez supone la observancia, por parte de la decisión administrativa, de los requisitos o elementos esenciales establecidos por el ordenamiento jurídico para su expedición, así como el acatamiento de todas aquellas disposiciones del sistema normativo que vinculen el actuar del ente público en el caso concreto, razón por la cual suele afirmarse que el cumplimiento de las exigencias formuladas por la validez del acto ha de examinarse con referencia al momento de la expedición del mismo; en otros términos, el estudio enderezado a establecer si una decisión administrativa es válida, o no, recae sobre los elementos externos e internos del acto, por manera que un eventual defecto o vicio afectante de los mismos o el desconocimiento de alguna de las normas que delimitan y condicionan la expedición de cada acto administrativo en concreto, llevaría a su anulación por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. La eficacia, en cambio, no es nada diverso que la consecuencia derivada de una de las principales características de los actos administrativos, cual es su naturaleza ejecutiva y ejecutoria, la cual posibilita la materialización de lo en ellos decidido aún contra la voluntad del sujeto pasivo de la decisión, como corolario de la presunción de legalidad que caracteriza y acompaña a las determinaciones de la Administración y del antes referido privilegio de la que ha dado en denominarse autotutela ejecutiva, propio del obrar de la misma; la eficacia, por tanto, más allá de la validez —la cual analiza, según se explicó, el ajuste de la decisión administrativa al bloque de la legalidad— le garantiza a la Administración la posibilidad de cumplir y hacer cumplir sus decisiones; se trata de la capacidad del acto administrativo para producir sus efectos con miras a la consecución de los propósitos y las finalidades que han de orientar la actividad del órgano actuante en general y de la decisión proferida en particular.

**TENENCIA DEL COLISEO EL CAMPIN - Debió terminar desde el 29 de marzo de 1994 /
RETENCION DEL COLISEO EL CAMPIN - Mala fe**

Como corolario de lo expuesto, resulta menester iterar que la tenencia del coliseo "El Campín" por parte de la sociedad accionante debió cesar a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución 0089 del 23 de febrero de 1994, ocurrida el día 29 de marzo de la misma anualidad, día en el cual se surtió la diligencia de notificación personal de la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994 mediante la cual se resolvió el correspondiente recurso de reposición, interpuesto en contra de aquélla. Es por ello mismo que en la parte resolutive del presente pronunciamiento se ordenará que, de no haberse efectuado aún, se proceda de inmediato a la restitución del bien de uso público de marras a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá; esa misma razón explica con claridad que la sociedad accionante debió restituir el inmueble tan pronto como el acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato adquirió firmeza, sin dilaciones, cosa que no ocurrió en el asunto sub examine, razón por la cual la referida tenencia del coliseo "El Campín" resulta equiparable a aquella que se realiza de mala fe, circunstancia ésta que determina, a cargo de quien así procedió, la obligación de restituir todos los frutos naturales y civiles producidos por la cosa ilegítimamente detentada, sin limitarse a los efectivamente percibidos sino incluyendo aquellos que el dueño hubiera podido percibir con medianas inteligencia y actividad, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 964 del Código Civil, precepto éste al cual aquí se hace referencia a título puramente ilustrativo, toda vez que, por las razones antes anotadas, en el asunto sub examine no hay lugar a disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

Actor: SOCIEDAD COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA.

Demandado: JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE BOGOTA DC

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dentro del presente proceso profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de septiembre de 1997, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor.

1. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda.

El día 27 de julio de 1994, mediante apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (fl. 2, c. 1) —CCA—, la sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., presentó demanda con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1) Es nula la resolución número 089 de febrero 23 de 1994 expedida por el Director Ejecutivo y el Secretario General de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, D.C. por medio de la cual se dio por terminado unilateralmente el contrato número 002 de enero 7 de 1994, suscrito entre la citada Junta y mi poderdante, e igualmente se ordenó su liquidación, y la restitución del inmueble objeto del contrato.

2) Es igualmente nula la resolución número 0183 de marzo 29 de 1994 expedida por el Director Ejecutivo y el Secretario General de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá D.C., en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición y confirmó en todas sus partes la resolución número 0089 de febrero 23 de 1994.

3) Es también nulo el acto administrativo número 0739 de fecha abril 7 de 1994, expedido por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, por medio del cual ordenó a mi poderdante hacer entrega del bien materia del contrato de arrendamiento en un término de tres días contados a partir de la fecha de notificación de dicho acto.

4) Que como consecuencia de la nulidad decretada sobre los actos administrativos citados, se ordene a la demandada cumplir con el contrato de arrendamiento 002 de enero 7 de 1994, por el término de duración pactado dentro del mismo, solicitud que elevo como petición principal.

5) Subsidiariamente solicito se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se condene a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá D.C. a pagar en favor de la Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Limitada los perjuicios sufridos con ocasión de los actos administrativos impugnados, y constituidos por daños directos e indirectos en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante como perjuicios materiales, equivalentes a \$1.903'974.578, así como también los perjuicios morales, estos últimos equivalentes a dos mil gramos oro, cuya sumatoria total de los perjuicios tanto materiales como morales ascienden a la suma de \$1.925'798.987, o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso.

6) Que el monto de la indemnización se actualice y corrija monetariamente en su valor, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo entre la época en que se causó el daño y la fecha del pago efectivo.

7) Que la liquidación de las condenas se efectúe conforme lo estipula el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

8) Que la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá D.C. dará cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto para el efecto en el Código Contencioso Administrativo.

9) Que la Junta Administradora de Deportes de Santafé de Bogotá, D.C. pagará a mi representada los intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios después de ese término conforme al art. 884 del Código de Comercio.

10) Que el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, es responsable por haber incurrido en las conductas tipificadas en el artículo 26, numerales 1 y 2 de la ley 80 de 1993, y se compulsen copias a las autoridades civiles, penales y disciplinarias para efectos de la sanción correspondiente, incluida la acción de repetición" (fls. 2 y 3, c. 1).

1.2 Hechos de la demanda.

La parte actora expuso, en síntesis, los siguientes:

1. Que la sociedad Coinverpro Ltda., formuló propuesta a la entidad demandada para que le fuera entregado en arrendamiento el coliseo El Campín de la ciudad de Bogotá, propuesta que fue acogida sin objeción por el ente público contratante.

2. Que en virtud de lo anterior, el día 7 de enero de 1994 la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y la sociedad Coinverpro Ltda., celebraron el contrato distinguido con el N° 002, el cual tuvo por objeto el arrendamiento del coliseo cubierto Luis Camacho Matiz 'El Campín', por un plazo de 10 años, prorrogables; que las partes convinieron que el canon mensual pagadero por el arrendatario ascendería a la suma de \$300.000, cifra ésta que habría de ser reajustada anualmente; se acordó también que la contratista pagaría a la entidad contratante el 5% del valor neto de cada boleta de entrada vendida para los espectáculos que fueren organizados en el Coliseo e, igualmente, que la sociedad aquí demandante realizaría obras en el bien objeto material del contrato "*que pasarían a ser de propiedad del arrendador*".

Agregó la accionante que en el contrato en cuestión no fueron estipuladas las cláusulas excepcionales relativas a caducidad, terminación, modificación o interpretación unilateral.

3. Que el día 8 de febrero de 1994, en desarrollo del mencionado negocio jurídico, la entidad contratante hizo entrega material del bien arrendado a la sociedad contratista.

4. Que la entidad demandada, mediante las resoluciones números 89 de 23 de febrero, 183 de 29 de marzo y 739 de 7 de abril, todas de 1994, interpretó, modificó y terminó unilateralmente el contrato, actos administrativos cuya expedición causó cuantiosos perjuicios a la sociedad actora, consistentes en los costos laborales en los cuales ésta incurrió para llevar a cabo la vigilancia y el mantenimiento del Coliseo; en los gastos que realizó para la celebración de eventos, para asumir los costos de administración, el pago de servicios públicos, la constitución de la garantía de cumplimiento con ocasión de la celebración del contrato, la adquisición de implementos de aseo, así como la fumigación y la realización de reparaciones locativas en el inmueble; en la adquisición de equipos de televisión y de sonido que fueron instalados en el coliseo arrendado, de conformidad con el plan de inversiones pactado dentro del respectivo contrato; en los pagos hechos a los abogados encargados de agenciar los intereses de Coinverpro Ltda., durante las actuaciones

administrativa, policiva y de tutela que tuvieron lugar a raíz de los sucesos descritos en precedencia; en la depreciación monetaria de las sumas anteriores; en los valores dejados de percibir por concepto de espectáculos programados en el Coliseo —tales como la semana del amor y la amistad a desarrollarse entre el 25 de septiembre y el 2 de octubre de 1994, la fiesta a Santafé de Bogotá, el festival de la salsa a celebrarse el 18 de junio de 1994, el festival mexicano a celebrarse el 11 de junio de 1994, "Expo – regalo", programada del 1 al 24 de diciembre de 1994, el festival del merengue, entre otros—; en el valor de la depreciación monetaria y, finalmente, en el valor de los perjuicios morales sufridos por la accionante.

1.3 Fundamentos jurídicos de la demanda.

La parte demandante invocó como violados los artículos 29, 58, 13 y 15 de la Constitución Política; 83 del C.C.A.; 1602 y 1603 del Código Civil —C.C.—; 14-1, 15, 16, 25-7, 25-8, 26-1, 26-2, 44-1 y 44-2 de la Ley 80 de 1993; 174 del Decreto 1421 de 1993 y 1 del Decreto 2537 de 1993; asimismo, la accionante sustentó las alegadas violaciones a los preceptos en mención, en síntesis, en las razones que se refieren a continuación.

La violación del artículo 83 del C.C.A., en cuanto la entidad demandada, en criterio de la sociedad actora, usurpó una competencia reservada a la autoridad judicial al arrogarse la facultad de enjuiciar un contrato estatal, de cambiar la denominación al contrato de arrendamiento por la de concesión y de declarar, en sede administrativa, la nulidad del respectivo negocio jurídico; del artículo 1602 del C.C., en la medida que la entidad accionada, unilateralmente, desconoció lo convenido entre las partes y del artículo 1603 del C.C., en que la demandada decidió unilateralmente no ejecutar el contrato.

La alegada trasgresión del artículo 29 de la Constitución Política se fundamentó en que —según lo entiende la sociedad actora— se incumplieron las normas que regulan las actuaciones administrativas, particularmente las disposiciones que en esta materia consagra la Ley 80 de 1993 y explicó que el artículo 14 de dicho Estatuto prohíbe el pacto de cláusulas excepcionales en los contratos de arrendamiento, no obstante lo cual la entidad demandada las utilizó en el presente caso y si bien el artículo 16 *ejusdem* establece como condición previa al ejercicio de las facultades de interpretación, de modificación o de terminación unilaterales del contrato el que la Administración intente arribar a un acuerdo bilateral con su co-contratante, la entidad demandada en el *sub lite* ejerció tales potestades adoptando decisiones de plano, le cambió su esencia al contrato y lo transformó en uno de concesión —lo cual se estima irregular toda vez que el contrato celebrado fue de arrendamiento y no de concesión, pues no contenía los elementos de éste, luego su celebración no debía venir precedida de licitación pública y podía llevarse a cabo directamente—, para después disponer su terminación sin ordenar el reconocimiento de las compensaciones económicas correspondientes en favor del contratista, tras lo cual procedió a anular administrativamente el negocio y procedió a compeler a la accionante a restituir el inmueble objeto material del contrato en un plazo de tres (3) días, mediante el simple envío de una comunicación carente de sustento en la respectiva orden que en tal sentido debió impartirse en los actos administrativos demandados.

En cuanto atañe a la violación del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la accionante la fundamentó en el hecho de que, en su criterio, la entidad demandada anuló administrativamente el contrato sin indicar cuál norma prohibitiva se había conculcado y sin tener en cuenta que el artículo 174 del Decreto-Ley 1421 del 21 de julio de 1993 autorizaba la celebración del convenio anulado; la alegada trasgresión del artículo 14 del Estatuto Contractual se sustentó en que la entidad contratante no dispuso el pago de las indemnizaciones a que había lugar como consecuencia de las decisiones que –según la demandante– adoptó al ordenar la modificación y la terminación unilaterales del contrato; el desconocimiento del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ocurre, en el sentir de la accionante, porque la Junta Administradora de Deportes de Bogotá celebró el contrato sin analizar previamente su conveniencia y porque hizo una revisión administrativa del mismo, con posterioridad a su celebración.

Por lo que respecta a la vulneración del artículo 15 constitucional, la misma se hace consistir en que –desde la perspectiva de la sociedad actora– la ilegal terminación unilateral del contrato afectó el buen nombre de la sociedad arrendataria, toda vez que le ocasionó desprestigio en su sector de actividad, ruptura de prospectos de negocio y falta de credibilidad; asimismo, aduce el apoderado de la demandante que los actos administrativos censurados contrarían los artículos 13 y 58 superiores: aquél, si se toma en consideración que la entidad demandada no ha terminado unilateralmente todos los contratos de arrendamiento de bienes fiscales que ha celebrado en condiciones similares al que origina el presente litigio, tal como sucede con el contrato de arrendamiento de la unidad deportiva El Salitre; y éste, habida cuenta de que las resoluciones atacadas dejaron sin efecto los derechos adquiridos por el arrendatario como consecuencia de la celebración y el perfeccionamiento del negocio jurídico anulado (fls. 13-16, c. 1).

1.4 Solicitud de suspensión provisional

La sociedad contratista, en su demanda, solicitó la suspensión provisional de los actos acusados con fundamento en la que –a su entender– constituye una flagrante violación de las normas superiores que invocó como transgredidas (fls. 16-17, c. 1).

1.5 Actuación procesal.

La demanda se admitió mediante providencia calendada el 8 de noviembre de 1994, la cual fue notificada a la entidad demandada el 8 de noviembre de 1994 (fl. 27, c. 1); esta última contestó el libelo introductorio del proceso en oportunidad, mediante escrito en el cual reconoció como ciertos algunos de los hechos en él referidos, negó otros, se opuso a las pretensiones elevadas por la sociedad accionante y solicitó la práctica de pruebas. En cuanto a los argumentos con fundamento en los cuales estructuró su defensa, la entidad pública accionada sostuvo, en síntesis, los siguientes:

- El contrato realmente celebrado entre las partes en el presente proceso es una concesión, teniendo en cuenta que –según lo estima la entidad accionada– en el acuerdo concurren los elementos identificativos de dicho tipo negocial, a saber: *i)* el convenio se celebró con el propósito de entregar a un particular la explotación de un bien destinado al uso público; *ii)* con el objeto de que el contratista privado desplegara una serie de actividades

necesarias para el buen funcionamiento del respectivo servicio público; *iii*) por cuenta y riesgo del concesionario; *iv*) con la obligación de realizar en el bien una inversión y *v*) a cambio de una remuneración.

- Por tratarse de un contrato de la referida naturaleza, en el sentir de la entidad demandada debían pactarse en él las facultades excepcionales correspondientes y preverse la cláusula de reversión, por manera que la no inclusión de las precitadas estipulaciones y la omisión del procedimiento administrativo de licitación pública de cara a la selección del contratista, condujeron a terminar unilateralmente el convenio, dando aplicación a la potestad otorgada a las entidades públicas contratantes por el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la causal de nulidad absoluta prevista en el ordinal 2 del artículo 44 del referido cuerpo normativo; en concordancia con los aludidos preceptos, la legislación penal tipificó –artículo 134 del Código Penal– un delito consistente en el uso indebido de bienes del Estado que sean administrados o cuidados por empleados oficiales.

- El oficio 0739 del 7 de abril de 1994, también cuestionado por la sociedad accionante, no adicionó un acto administrativo ejecutoriado –como lo alega la parte actora–, pues, según lo sostiene la entidad demandada, se trata de uno de aquellos actos "*denominados por la ley como de ejecución y que tienen asidero jurídico en lo previsto en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo*".

- No se violó el debido proceso porque el acto por medio del cual se declaró la terminación unilateral del contrato por ilegalidad "*fue recurrido y resuelto de manera negativa para la sociedad representada por la demandante, observándose para ello los principios de legalidad, de defensa, etc, (sic) en acatamiento a lo que la misma ley de contratación le impone, orientada como un conjunto normativo de aplicación general y por tanto de obligatorio cumplimiento para cualquier ente u organismo del Estado...*".

- No es cierto que el contrato de arrendamiento del coliseo el Campin esté autorizado en el artículo 174 del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, "*que rige esas situaciones para el Distrito y sus entidades descentralizadas, en atención a la naturaleza jurídica de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, D. C. de Unidad Administrativa Especial del Orden Nacional, dotada de personería jurídica y con patrimonio propio, subordinada a los planes y controles del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, conforme lo dispone la ley 49 de 1983, que las constituyó.*"

- Si no se han efectuado las compensaciones e indemnizaciones que reclama Coinverpro Ltda., como consecuencia de la terminación del contrato, ello obedece a la actitud asumida por la sociedad contratista, la cual ha obstaculizado el trámite de liquidación del contrato "*por la reiterada negativa y manifiesta oposición de sus apoderados, con (sic) la utilización de procedimientos y mecanismos transitorios para la retención indebida del Coliseo Cubierto El Campín*".

- No se violó el derecho al buen nombre del contratista, supuesta transgresión que éste sustentó en la retractación que varios realizadores de espectáculos efectuaron respecto de sus compromisos comerciales con Coinverpro, aduciendo que esta sociedad no podría cumplir con sus obligaciones contractuales dada la falta de claridad de la situación jurídica

respecto de su tenencia del Coliseo "El Campín", pues según lo afirma el apoderado de la entidad demandada, *"se han presentado en ese escenario deportivo diferentes espectáculos públicos, lo que ha generado la celebración de los acuerdos de voluntades pertinentes y lógicamente sus respectivos beneficios económicos"*; a lo anterior se suma que el contrato celebrado entre las partes en el presente proceso generaba para la actora meras expectativas y no derechos adquiridos, como lo indicó el juez de tutela que denegó el amparo deprecado por Coinverpro para el referido derecho fundamental frente a su alegada conculcación por la entidad demandada en el *sub judice*, juez de tutela que igualmente señaló, en relación con las resoluciones administrativas aquí cuestionadas, que ellas

"... en manera alguna impiden que desarrolle la compañía su actividad mercantil, amplia por demás (...) Ahora, si su actividad solamente se desarrollaba entorno (sic) a ese inmueble, resulta impropio considerar que por ese hecho se atenta contra el buen nombre comercial de dicha compañía, máxime que el buen nombre lo edifica y solidifica el comportamiento propio y no depende de terceros, más aún cuando en el desarrollo de actividades comerciales pueden presentarse inconvenientes de ese orden y ello los virtuales contratistas de Coinverpro Ltda., así deben entenderlo".

- Añade el apoderado de la entidad demandada, nuevamente con apoyo en lo sostenido en el precitado pronunciamiento judicial efectuado en sede de tutela, que tampoco se vulneró el derecho a la igualdad de las personas ante la ley, en contra de la sociedad aquí accionante, porque *"para el caso tratado la Administración en uso de sus facultades de orden legal puede hacer uso de las mismas, sin que ello implique que todos los contratistas tengan que correr la misma suerte de COINVERPRO LTDA.; cada contrato en particular deberá reunir las exigencias de su legalidad"*.

- Finalmente, anota el apoderado de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá que no se le causó perjuicio alguno a la contratista como consecuencia de la expedición de los actos administrativos enjuiciados

"... si se tiene en cuenta que el contrato se firmó el 8 de febrero de 1994 y se declaró la nulidad el 23 de febrero de 1994, es decir en un lapso de 15 días, en el que no hay asomo de daño alguno y todo lo que se iba a realizar, eran meras expectativas, como lo consignó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá al confirmar la sentencia que denegó la tutela instaurada contra la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, por los mismos hechos" (fls. 31-44, c. 1).

Resulta menester señalar que la entidad demandada propuso demanda de reconvención, la cual fue rechazada por el *a quo* en consideración a la extemporaneidad de su presentación, mediante auto calendado el 15 de diciembre de 1994 (fl. 10, c. 3); asimismo, el 9 de septiembre de 1997 el demandante propuso incidente de nulidad con fundamento en que el Tribunal de primera instancia dejó de resolver la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados formulada en el libelo introductorio del proceso, pedimento de anulación que fue rechazado de plano por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto de fecha 23 de octubre de 1997, con fundamento en que los hechos invocados por el actor no corresponden a causal alguna de nulidad legalmente

prevista, de un lado y, de otro, en que la supuesta irregularidad anotada no fue alegada oportunamente (fl. 1, c. 3).

1.6 La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda en consideración a que entendió que el demandante no consiguió desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos acusados; su decisión encuentra fundamento en que el acto por medio del cual se declaró terminado unilateralmente el contrato se ajustaba al ordenamiento jurídico porque el que las partes dieron en catalogar como de "arrendamiento", realmente corresponde a un contrato de concesión y en que, no obstante lo anterior, el mencionado negocio jurídico se celebró prescindiendo de la realización del procedimiento administrativo de licitación, exigido por la ley para la selección del contratista en este tipo de casos.

El *a quo* advirtió que no resulta de recibo uno de los fundamentos de la ilegalidad del contrato esgrimido por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá como sustento de las resoluciones acusadas, en cuanto se refiere a la violación de las normas legales que imponen como obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en contratos estatales de concesión, puesto que la ley suple dicha omisión y las presume incorporadas en el respectivo convenio; sin embargo, consideró que el otro argumento invocado por la Administración como motivo de la expedición de los actos atacados, vale decir, la omisión del procedimiento administrativo de licitación previo a la celebración del contrato de concesión, sí constituye una circunstancia determinante de la ilegalidad del contrato y, por ende, la terminación unilateral del mismo resulta ajustada a Derecho. Dicho razonamiento, así como los conducentes a desestimar las pretensiones indemnizatorias formuladas por la sociedad accionante, fueron expuestos de la siguiente manera por el Tribunal de primera instancia:

"Hechas estas precisiones, claro resulta concluir que en el presente caso, lo realmente celebrado por la Junta de Deportes de Bogotá, y Coinverpro Ltda., fue una concesión de servicio público y no un arrendamiento, pues el bien entregado, el coliseo cubierto de El Campín, con independencia de su condición de uso público o fiscal, está destinado a un servicio de tal naturaleza como es el de la recreación de los habitantes del Distrito Capital.

(...)

De acuerdo con ello, un coliseo de propiedad del Estado, es construido y mantenido con el propósito de asegurar esa garantía y no, en manera alguna, con el ánimo de obtener un simple provecho económico. Cuando el Estado decide entregarlo a un particular para su explotación, lo hace bajo el entendimiento que esta forma de acuerdo comercial, le permite una mejor prestación del servicio.

Al acordar un valor representativo de esa explotación, equivalente a una suma fija, apenas simbólica, al 5% de unas boletas, y a una cuantiosa inversión de prevención y mantenimiento del lugar; se está acordando una tasa por la explotación de un bien, destinado a un servicio público esencial y no un simple arriendo.

En tales términos, el contrato debe ser entendido por los intérpretes, quienes a pesar del texto escrito, habrán de someterse a la real intención de las partes.

Siendo ello así, había que entender, que éste(sic) contrato tenía cláusulas implícitas de derecho público.

(...)

... ha de mantenerse la decisión demandada en virtud a que, tratándose de una concesión, era menester llegarse a ella previa licitación pública, pues, ésta figura no está exenta del procedimiento de selección ordinariamente previsto en la ley.

Omisión procedimental que acarrea una nulidad absoluta del contrato con fundamento en violación expresa de la ley, que se desconoce flagrantemente por los contratantes, cuando imponiéndose la licitación para la escogencia, lo hacen de manera arbitraria, dándose el caso de aplicar el ordinal 2 del art. 44 de la ley 80, en facultad que el imperio siguiente reconoce incluso al propio jefe o representante legal de la entidad respectiva a quien le ordena dar por terminado el contrato mediante acto administrativo que exprese ésta (sic) razón.

(..)

Pero, en sobradas razones debe hacerse notar que los actos administrativos son válidos, sino que además ellos no causaron ninguno de los perjuicios que se pretenden.

Cuando la administración a comienzos del año de 1994, decreta la terminación del contrato y ordena la restitución del inmueble, quiere que como consecuencia de su manifestación de voluntad administrativa, el objeto entregado al concesionario, se le restituya.

La conducta del actor en éste(sic) proceso, es negarse a devolverlo, la de oponerse a la diligencia de entrega, para, con fundamento en la tenencia física del objeto, alegar que su administración le ha causado perjuicios.

Si en enero de 1994, y más exactamente en febrero del mismo año, cuando se le resolvió la vía gubernativa, ésta(sic) sociedad conocía de la necesidad de restituir el bien, resulta cuando menos irresponsable, que se proponga, a partir de entonces, ofrecer a terceros el arrendamiento del coliseo, cuando ella tiene certeza de su obligación de restituirlo a su propietario.

Nada de esto hace, se dedica a ofrecerlo en arrendamiento, se opone a la diligencia de entrega y después alega que no lo ha podido explotar convenientemente y que por tanto, la decisión administrativa no cumplida, le ha causado unos perjuicios.

Aquí el concesionario se coloca en situación de rebeldía contra la administración, no acepta sus dictados, olvida que el camino de derecho para reclamar los perjuicios que se le causen, es acudir al juez del contrato, se opone y valiéndose de su propia culpa quiere que se le indemnice.

Las restantes pretensiones del demandante, consecuencias de la anterior, deben ser negadas pues el perjuicio, de existir fue causado por la conducta del propio actor" (fls. 146-158, c. 1).

1.7 El recurso de apelación.

Inconforme con el pronunciamiento judicial referido, la parte actora interpuso el recurso de apelación con el propósito de obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda; sin embargo, en el escrito contentivo de la impugnación se deprecó, en primer lugar, la declaratoria de nulidad de todo lo actuado dentro del proceso por considerar que en el *sub judice* ha tenido lugar la pretermisión de la primera instancia, habida cuenta de que el *a quo*, según lo indica el recurrente, habría omitido dar trámite y resolver la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados que se formuló en el libelo introductorio de la litis.

En segundo término y ya en relación con el fondo del asunto materia de litigio, el censor concretó su disconformidad con el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los siguientes argumentos:

a. A juicio del recurrente se violaron las normas tanto constitucionales como legales que regulan el debido proceso, toda vez que los actos administrativos demandados

"... se dictan SIN AUDIENCIA del co-contratante, CON VIOLACIÓN DE SU DERECHO DE DEFENSA Y SIN COMPETENCIA, pues sobre la validez o nulidad de los contratos estatales solo los JUECES DE LA REPÚBLICA se pueden pronunciar...

(...)

En el asunto *sub judice*, *UN FUNCIONARIO ADMINISTRATIVO* se erige en JUEZ DE LA REPÚBLICA, decide que el contrato es NULO ABSOLUTAMENTE y lo declara terminado unilateralmente, sin oír a la contraparte, sin permitirle que ejerza su derecho a la defensa. En una palabra CONSUMA LAS TIPICAS VÍAS DE HECHO y, viola, de contera el Código Penal.

(...)

Pero que hace el *a quo*?

Increíble, de manos del apoderado de la demandada, legitima las vías de hecho, bendice la arbitrariedad oficial y censura y agravia al demandante por resistirse al atropello, por pedir justicia, por exigir que se le respeten los derechos. Es, quizás, la sentencia más absurda que he conocido en casi 50 años de ejercicio profesional.

Aún suponiendo que el contrato fuera absolutamente nulo, que no lo es, los actos demandados son ilegales y nulos por cuanto lo que previene el artículo 45 de la ley 80 de 1993 es que, declarada la nulidad absoluta –desde luego por la jurisdicción contencioso administrativa– por cualquiera de las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 *ibídem*, el representante legal de la entidad oficial contratante lo declare terminado y ordene su liquidación" (mayúsculas, cursivas y subrayas en el texto original).

b. En cuanto tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato estatal número 2 de 1994, celebrado entre Coinverpro Ltda., y la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, sostiene el impugnante que no se trata de un negocio de concesión por las siguientes razones:

"a) es concesión porque se otorgó la explotación de un bien de uso público.

Absurdo. Conforme al art. 674 del C.C., son bienes de uso público, los bienes del Estado cuyo uso "pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...", los demás bienes de la República son bienes fiscales. El Coliseo es un bien

fiscal, los habitantes del Distrito Capital no pueden transitar por él u ocuparlo o gozarlo libremente, cuando les dé la gana, sino cuando hay espectáculos y eso pagando. No puede confundirse con la calle, con el puente, con el camino o con la plaza, que todos podemos usar libremente, cuantas veces nos de la gana. Tremenda ignorancia la del sentenciador.

b. Se otorgó para la realización de actividades necesarias al buen funcionamiento de ese uso público, dice la sentencia, otro craso error. Ya se vio que no es bien de uso público y no puede confundirse como lo hace el fallador LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS AL PÚBLICO CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. Un supermercado particular presta servicios al público pero no presta servicios públicos.

c. Agrega la sentencia, "*por cuenta y riesgo del concesionario*", falso. Por cuenta y riesgo de arrendador y arrendatario, pues, además del canon convenido, las mayores entradas al fisco provienen de la venta de boletas, por lo que, en esencia, el arrendatario, como cualquiera otro, no responde sino por el canon, nunca por una utilidad determinada para la explotación.

d. Y, por último, dice el fallador "*a cambio de una remuneración*", lo que es esencialmente propio del contrato de arrendamiento, pues si el, uso es gratuito, sería comodato.

Y, en fin, se dice en la sentencia que la recreación es un derecho fundamental y su prestación es un servicio público, lo que es ostensiblemente ilegal e inconstitucional.

En efecto, el derecho a la recreación es un derecho fundamental como el derecho a la cultura, pero ni la constitución ni la ley los hace obligatorios ni para el administrado, ni para el Estado, por lo que falta uno de los elementos esenciales del servicio público" (mayúsculas, cursivas y subrayas en el texto original).

Por consiguiente, en opinión del apelante el contrato en cuestión es de arrendamiento y su celebración está autorizada por los artículos 174 del Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993 –orgánico del Distrito Capital– y 1 del Decreto 2537 del 17 de diciembre de 1993, normas que regulan el arrendamiento de los bienes fiscales de propiedad del Distrito destinados a la recreación y que prevén "*la facultad de pactar con el arrendatario, la construcción, administración y mantenimiento de tales escenarios recreativos*", por manera que en desarrollo de lo dispuesto por tales enunciados normativos, las grandes empresas toman en arrendamiento locales o pisos y se obligan a adecuarlos para los fines del contrato mediante

la realización de mejoras que pasan a ser de propiedad del arrendador, al finalizar el plazo del contrato, sin contraprestación alguna.

c. En relación con las facultades excepcionales de la Administración, el recurrente expresó lo siguiente:

"Estas facultades son EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN, es decir, lo trascienden, en cuanto frente a las leyes comunes serían absolutamente nulas o ineficaces PERO NO PUEDE (sic) CONCEBIRSE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES O EXORBITANTES que violen la Constitución Política, como sería, en este caso, partir de la base de que un funcionario administrativo puede fallar sobre la validez o nulidad de un contrato estatal" (mayúsculas en el texto original).

d. Finalmente, el impugnante señaló:

"En el caso improbable –para mi imposible jurídicamente– de que encuentre procedente la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato, ordene el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, como lo tiene previsto el art. 48 de la ley 80 de 1993" (fls. 161-167, c. 1).

1.8 Actuación en segunda instancia.

1.8.1 Admisión del recurso y alegatos de conclusión.

El recurso fue admitido mediante providencia fechada el 16 de febrero de 1998 (fl. 175, c.1); contra dicho proveído la parte demandada interpuso el recurso de reposición y solicitó que la alzada fuese declarada desierta porque, a su entender, lo pretendido por el apelante es revivir una discusión ya dilucidada por el *a quo*, como lo fue la relacionada con el incidente de nulidad propuesto por la parte actora con fundamento en la alegada omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal de primera instancia en torno a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, incidente que fue resuelto por el referido Tribunal mediante providencia calendada el 23 de octubre de 1997 (fls. 176-178, c. 1).

La referida impugnación interpuesta en contra del auto admisorio del recurso de apelación fue desatada mediante pronunciamiento del 24 de marzo de 1998, en el cual se decidió confirmar el proveído atacado con fundamento en que los argumentos expuestos por la parte demandada en su escrito de reposición constituyen materia del análisis propio de la sentencia de segunda instancia, momento en el cual su examen debe ser abordado (fl. 181, c. 1).

Seguidamente, mediante providencia calendada el 28 de abril de 1998, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia (fl. 183, c. 1), oportunidad dentro de la cual se pronunciaron las partes actora y demandada. El Ministerio Público guardó silencio.

La *parte demandada* reiteró los argumentos con fundamento en los cuales defendió, a lo largo del proceso, la legalidad de los actos administrativos demandados, esto es, insistió en la importancia de clarificar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes con

el fin de asignar las consecuencias que en derecho corresponden a la circunstancia de que mientras la celebración de un contrato de concesión precisa de la realización de licitación pública para seleccionar al contratista, dicha exigencia no se formula tratándose del contrato de arrendamiento; subrayó que la sociedad contratista ha sostenido en el *sub lite* que aspiraba a obtener utilidades por más de 2.000 millones de pesos como resultado de la explotación comercial del Coliseo "El Campín", no obstante lo cual pactó con el Distrito la irrisoria suma de \$300.000 como canon de "arrendamiento".

Igualmente, indicó la accionada que la sociedad contratista no puede alegar su propia culpa en beneficio propio, comoquiera que no sólo no ha devuelto el bien que en su momento le fue entregado, sino que procedió a negociar su alquiler con promotores de espectáculos, después de lo cual pretende obtener la reparación de los daños que dice le fueron irrogados por la negativa de algunas de tales personas a mantener los acuerdos comerciales respectivos tras la terminación del contrato dispuesta por la entidad accionada; sin embargo, anota la demandada que los gastos en los cuales hubiere incurrido Coinverpro Ltda., tras la expedición de los actos administrativos aquí cuestionados, deben ser asumidos por quien los realizó; adicionalmente, precisó el apoderado de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá que, en su criterio, no se produjeron los perjuicios alegados por la actora toda vez que, al momento de proferirse las resoluciones acusadas, el contratista sólo tenía expectativas de obtener utilidades, más no un derecho adquirido a la percepción de las mismas (fls. 185-218, c. 1).

La *parte actora*, a su turno, insistió en los planteamientos que expuso tanto en la demanda, como en los alegatos de primera instancia y en el recurso de apelación; inició su alegato de bien probado ante el *ad quem* reiterando la petición de declaratoria de nulidad procesal fundada –como ya se refirió con anterioridad– en la falta de pronunciamiento expreso, por parte del *a quo*, en torno a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados; recalcó la que, a su entender, constituye una vulneración al derecho fundamental al debido proceso como consecuencia, de un lado, de la falta de audiencia de la sociedad contratista previamente al proferimiento de las resoluciones atacadas y, de otro, de la expedición de las mismas por funcionario administrativo incompetente debido a que la decisión adoptada es del resorte exclusivo de las autoridades jurisdiccionales; en esta última dirección, cuestionó la constitucionalidad de la interpretación que, en su sentir, llevó a cabo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, así como también puso en tela de juicio la conformidad con la Carta Política del mismo enunciado normativo aludido:

"1) Conforme al art. 113 de la Carta fundamental, las Ramas del Poder Público son tres: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, cada una de las cuales tiene funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Por tanto, una ley que faculte a un funcionario administrativo para decidir sobre la validez de un contrato o declarar su nulidad, lo que sólo corresponde a la rama jurisdiccional, es abiertamente inconstitucional.

2) Ciertamente, el artículo 116 de la Carta permite que "excepcionalmente" la ley pueda atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades

administrativas, pero tanto de su texto como de sus antecedentes en las Comisiones de la Asamblea Constituyente, esas materias precisas tienen que ver con las contravenciones penales y no con materias civiles y administrativas atinentes a la validez o nulidad de los contratos, por lo que en este texto no puede encontrarse fundamento constitucional para la interpretación que hace el sentenciador del art. 45 citado, el cual resulta por tal concepto, igualmente violado por los actos impugnados.

3) Más aún. En el supuesto de que la autorización "*excepcional*" dada por la Constitución al legislador, no fuera limitada sino amplia, también sería inconstitucional el art. 45 comentado, en la interpretación dada por el *a quo*, por cuanto ninguna ley puede conferir a funcionarios administrativos o judiciales, la facultad de administrar justicia sin sujeción al debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución para toda actuación judicial o administrativa, y el debido proceso, ya lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional implica que, antes de toda decisión, debe oírse en audiencia al administrado y darle oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción. El citado art. 45 no respeta el debido proceso, no permite la audiencia del contratista, no le da oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción" (cursivas y subrayas en el texto original).

Por otra parte, expresó el apoderado de la sociedad actora que aunque se admitiese "*el supuesto imposible de que la Constitución permita al legislador entregar a la administración la facultad de fallar sobre la nulidad del contrato administrativo del cual es contratante, sin atender al debido proceso, sin conceder audiencia al contratista*", el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 –norma que consagra dicha facultad– fue indebidamente aplicado en el asunto *sub examine*, pues se le hizo operar en un supuesto no previsto en el artículo 44-2 del citado Estatuto de Contratación Estatal; ello en consideración a que la no inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato que se afirma es de concesión, ni siquiera constituye una irregularidad, si se tiene en cuenta que la propia Ley 80 presume su estipulación en este tipo de negocios jurídicos.

Y en cuanto tiene que ver con la omisión del procedimiento de administración para la selección del contratista en los casos en los cuales la realización de dicho procedimiento administrativo resulta legalmente obligatoria, sostiene la accionante que a pesar de que ésta sí se trata de una circunstancia que podría configurar una causal de nulidad absoluta del contrato, la misma no se encuentra comprendida en la previsión del ordinal 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que dicho precepto sanciona con la nulidad absoluta al negocio jurídico celebrado "*contra expresa prohibición constitucional o legal*", lo cual no quiere significar que en dicha hipótesis se puedan encuadrar "*todos los eventos en que al celebrarse el contrato se ha violado o se ha desconocido una norma legal*", porque la disposición en comento "*es restrictiva al caso de que la entidad suscriba cualquier contrato cuya celebración esté expresamente prohibida por la Constitución o la ley*"; pero sólo se está en presencia de éste último tipo de supuestos –anota el impugnante–, en los casos en los cuales

"... la ley, en consideración a la naturaleza del contrato, prohíbe expresamente su celebración, razón por la cual si, no obstante lo anterior, la entidad los celebra, no sólo

estarán afectados de nulidad absoluta, sino que la propia entidad deberá terminarlos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la ley, en el supuesto de su constitucionalidad.

Cuando una entidad celebra un contrato sin cumplir determinada formalidad, estará, o bien incurriendo en una causal de nulidad absoluta de las establecidas en el derecho común, a las cuales se refiere la primera parte del artículo 44 de la ley 80 cuando dispone que *'los contratos del estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común'* o bien incurriendo en una causal de nulidad relativa a las que se refiere el artículo 46 de la ley que las determina como vicios susceptibles de saneamiento por ratificación o por prescripción.

(...)

Afirmar que en el caso de que se omita una formalidad previa al contrato como es la licitación se ha celebrado un contrato *'contra expresa prohibición constitucional o legal'* implicaría concluir que la omisión de cualquier formalidad no sólo constituiría nulidad absoluta sino que además autorizaría a la entidad para terminar el contrato en virtud de lo dispuesto por el citado artículo 45, sobre el supuesto de su constitucionalidad".

Por otra parte, afirmó también la sociedad apelante que *"para dar aplicación al artículo 45 de la ley 80, la entidad demandada utilizó una facultad con la que legalmente no contaba, cual era la de interpretar unilateralmente el contrato"*, facultad excepcional cuyo uso solamente resulta viable ante la falta de acuerdo entre las partes en torno al alcance de alguna estipulación contractual y con el exclusivo propósito de evitar una posible paralización del contrato, con la consecuente afectación para el respectivo servicio público, mas no como mecanismo a través del cual pudiere decidir que el negocio jurídico *"tiene una naturaleza distinta de la pactada por las partes, determinar que en virtud de dicha circunstancia es nulo y consecuentemente declararlo terminado"*; adicionalmente, la de interpretación unilateral es una cláusula cuya previsión se encuentra proscrita tratándose de los contratos de arrendamiento –artículo 14 de la Ley 80 de 1993–, dado que *"sólo procede en los contratos QUE TENGAN POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO y no solamente LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO AL PÚBLICO"*, lo mismo que ocurre con la facultad de modificación unilateral del contrato, que el recurrente también estima irregularmente utilizada para la expedición de los actos administrativos demandados, con los cuales se hace producir al contrato efectos distintos de los en él previstos y sin *"siquiera oír al contratista ni mucho menos intentar un acuerdo"*.

En este sentido, sostuvo el libelista que *"...para determinar que un contrato firmado como de arrendamiento es una concesión, no solo hay que interpretarlo armónicamente en la totalidad de sus cláusulas sino que es preciso modificar su naturaleza y 'la modificación unilateral' de que trata el artículo 16 de la ley 80 de 1993, sólo procede en los contratos que tienen por objeto la satisfacción de un servicio público y no la simple prestación de un servicio al público y únicamente cuando en su ejecución se vea amenazada la paralización o grave afectación de dicho servicio público y no hubiere acuerdo previo entre las partes, caso en el cual la administración puede modificar el contrato 'mediante la supresión o adición de*

obras, trabajos, suministros o servicios' pero nunca puede terminarlo por este medio, lo que indica que los artículos 15 y 16 de la ley 80 de 1993, fueron ostensiblemente violados..."

Finalmente, en relación con la naturaleza del contrato, el apoderado de la sociedad accionante insistió en que el mismo no es de concesión, sino de arrendamiento; precisó que podría compararse con el contrato de concesión para la explotación de un bien destinado al servicio o uso público, pero que difiere de éste porque el celebrado recae sobre un bien que no es de uso público, ni está destinado al servicio público, ni se ejecuta bajo la dirección y vigilancia del Estado; señaló también que la modalidad de las prestaciones asumidas por las partes se ajusta a las previsiones legales que permiten acordar la remuneración en el arrendamiento a través de cánones en sumas periódicas, del reconocimiento de porcentajes de frutos producidos por la cosa arrendada –artículo 1975 C.C.– o de cualquiera otra modalidad; iteró que el contrato recayó sobre un bien inmueble de propiedad de la entidad demandada que tiene la naturaleza de fiscal y que, por tanto, puede entregarse en arrendamiento a particulares por expresa autorización legal y reglamentaria, comoquiera que no está destinado a la prestación de un servicio público, pues si bien es cierto que la recreación es un derecho de todos que impone al Estado el fomento de actividades de esparcimiento, no constituye un servicio público en la medida en que no precisa la atención de necesidades permanentes, colectivas, ni continuas.

En la referida dirección, sostuvo el memorialista:

"Es claro entonces, que en la medida en que el uso del Coliseo no pertenece generalmente a todos los habitantes, como ocurre con las calles, puentes, plazas y caminos, él es un bien fiscal y no un bien de uso público, susceptible de ser arrendado a un particular, sin limitaciones distintas a las que provengan de la propia naturaleza del citado bien, lo cual resultaría imposible si se tratase de un bien "de uso público".

(...)

De otra parte, es claro que en el contrato no se pactó que la explotación del coliseo se desarrollara "*bajo la vigilancia y control de la entidad concedente*", lo cual es un elemento esencial de la concesión (...) y que se deriva de la circunstancia de que el inmueble, o bien sea de uso público o esté destinado al servicio público. Por el contrario, fundamentalmente en el otro-sí, o convención modificadora del contrato, se estipuló expresamente que el arrendatario podría arrendar el coliseo para cualquier tipo de espectáculo, lo que evidencia su total libertad frente a su forma de explotación.

(...)

Deducir del artículo 52 de la Constitución Política que, puesto que la recreación es un derecho fundamental que Estado (sic) debe fomentar, los bienes en donde los ciudadanos pueden tenerla son bienes destinados al servicio público, como se hace en la sentencia de primera instancia, implica darle un alcance inadecuado a dicha norma.

(...)

Por último, en el contrato objeto del proceso se pactó, como contraprestación por el uso del inmueble arrendado, que la arrendadora recibiría una renta mensual de \$300.000.00, más una participación porcentual del 5% sobre las boletas en los espectáculos que allí se presentaran. Esto es una cuota de los frutos civiles que produjera el inmueble, en los términos del artículo 1975 del Código Civil.

Los dos elementos anteriores, entrega del inmueble y pago de una renta estructuran el contrato de arrendamiento; son sus elementos esenciales que no permiten entonces que el contrato adquiera otra denominación y el convenio respecto de las obras que se comprometió a realizar el arrendatario en el inmueble, es un convenio perfectamente compatible con el contrato de arrendamiento que en forma alguna lo convierte en otro tipo de contrato.

(...)

El pacto relativo a las construcciones a realizar por la contratista no constituye nada distinto que un acuerdo sobre mejoras entre el arrendatario y el arrendador, permitido en el artículo 1985 del Código Civil, el cual, tratándose de un contrato conmutativo, se tuvo indudablemente en cuenta al fijar el precio de la renta. Si el arrendatario se compromete a realizar importantes mejoras que tienen por objeto la recuperación del inmueble arrendado, el precio del arrendamiento deberá ser bajo de tal forma que teniendo en cuenta dicho factor y el término de duración del propio contrato, el arrendatario pudiese recuperar su inversión. Pero tal circunstancia indudablemente no le cambia la naturaleza al contrato.

(...)

Y, en fin, el contrato de arrendamiento *sub judice*, no sólo no está prohibido por la ley, sino que está expresamente autorizado por los arts. 174 del D.L. 1421 de 1993, orgánico del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y 1° del Decreto 2537 del mismo año..." (fls. 219-247, c. 1).

1.8.2 Otras actuaciones.

1.8.2.1 Tras haber pasado el expediente al despacho del Magistrado Conductor del proceso con el propósito de preparar el correspondiente proyecto de sentencia en la segunda instancia, la parte demandante, mediante memorial radicado el 20 de octubre de 1998, solicitó "*resolver sobre la nulidad procesal propuesta ante el a quo, antes de que dictara sentencia y que resolvió después de dictado el fallo en el sentido de que ya no tenía competencia para decidir sobre la nulidad, la cual correspondía al H. Consejo de Estado*", pedimento de nulidad procesal en relación con el cual manifestó el accionante que insistió "*al sustentar la apelación y al alegar de conclusión y hasta ahora no hay pronunciamiento expreso al respecto*" (fl. 250, c. 1).

De la anterior solicitud se corrió traslado a la parte demandada mediante providencia calendada el 9 de noviembre de 1998 (fl. 251, c. 1), sujeto procesal que recorrió el aludido traslado mediante memorial en el cual se opuso a la referida petición de anulación del proceso elevada por la parte actora, fundamentándose en que no existe incidente ni solicitud alguna de nulidad pendiente de decisión, toda vez que –según lo entiende la accionada– tal

requerimiento fue efectivamente resuelto por el Tribunal *a quo* mediante proveído de fecha 23 de octubre de 1997, en el cual lo rechazó de plano, de suerte que

"... el incidente de nulidad que ahora se promueve es idéntico, en cuanto a los fines que con el mismo se persiguen, al incoado en el Tribunal de instancia, pero nuevo también, puesto que el primero fue resuelto en providencia que cobró debida ejecutoria.

Luego, no es posible, con posterioridad al fallo de primera instancia, proponer otro incidente de nulidad con base en circunstancias anteriores a la sentencia de primer grado, habida cuenta que así lo prohíbe el legislador" (fls. 253-258, c. 1).

La solicitud de nulidad procesal en comento fue resuelta mediante providencia calendada el 25 de enero de 1999, mediante la cual se denegó la declaratoria de anulación deprecada en consideración a que los hechos en los cuales el actor funda su petición, esto es, la falta de resolución de una solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, no se encuadran en causal alguna de nulidad procesal de las taxativamente previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, a lo cual se añade que tales circunstancias no fueron oportunamente alegadas por la parte actora, dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda –contra el cual podía interponerse el recurso de reposición–, lo cual "*implicó aceptación de su contenido y el saneamiento de la irregularidad alegada*" (fls. 260-266, c. 1).

1.8.2.2 Posteriormente, mediante memorial recibido en el Consejo de Estado el día 11 de diciembre de 2001, el señor Heliodoro Fierro Méndez, quien firma en condición de Presidente del Consejo de Justicia de Bogotá, remitió con destino al expediente los siguientes documentos:

a. Copia simple del que se intitula como "*Acto administrativo No. 888 del cuatro (4) de diciembre del año dos mil uno (2001)*", signado aparentemente por entonces integrantes del aludido Consejo de Justicia de Bogotá D.C., decisión mediante la cual se resolvió revocar la resolución número 308 del 26 de abril de 2001, proferida por la Alcaldía Local de Teusaquillo dentro del expediente 002 de 1994 y, en su lugar, ordenar al Alcalde de dicha localidad de Bogotá, D.C., adelantar la actuación necesaria a efectos de restituir el Coliseo Cubierto "El Campín" a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá (fls. 282-298, c. 1).

b. Copia simple del que se intitula como "*Acto Administrativo No. 890 del seis (6) de diciembre de 2001, por medio del cual se fija el alcance del Acto administrativo No. 888 del cuatro (4) de diciembre del año dos mil uno (2001)*", proferido por el Consejo de Justicia de Bogotá, D.C., mediante el cual se "*precisa que la orden de restituir el Coliseo El Campín, contenida en el numeral 2º del acto administrativo número 888 del 4 de diciembre de 2001, dirigida al señor Alcalde Local de Teusaquillo implica, además, la revocatoria de la decisión proferida en diligencia de restitución realizada el 24 de agosto de 1994, donde se abstuvo de continuar el trámite, por considerarse incompetente*" (fls. 299-300, c. 1).

c. Copia simple del memorial fechado el 14 de noviembre de 2001, suscrito por el Personero Delegado para Asuntos Policivos de la Personería de Bogotá D.C., y dirigido al Consejo de Justicia de dicha ciudad, mediante el cual manifiesta "*coadyuvar el recurso de apelación interpuesto por la Personería Local de Teusaquillo contra la resolución 308 del 26 de abril de*

*2001 proferida por el señor Alcalde Local de esa jurisdicción dentro del proceso de restitución de la referencia, con el fin de que se revoque el fallo que dispuso el archivo de dichas diligencias y consecuentemente se ordene la restitución del **bien de uso público**, Coliseo Cubierto Luis Camacho Matiz El Campín" (fls. 301-311, c. 1).*

1.8.2.3 Mediante memorial recibido en el Consejo de Estado el día 4 de agosto de 2005 (fls. 312-313, c. 1), el señor Jaime Grisales Santa, quien manifiesta obrar en su condición de representante legal de la sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., solicitó *"que al momento de proferir el fallo definitivo se tengan en cuenta las sentencias de la acción de cumplimiento que adjunto a este derecho de petición"*, razón por la cual allegó los siguientes documentos:

a. Copia de la sentencia fechada en 30 de septiembre de 1997, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se falló en primera instancia la acción de cumplimiento instaurada por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, D.C., contra la Alcaldía Local de Teusaquillo, con el fin de requerir el cumplimiento de lo ordenado por la entidad pública en aquel proceso accionante, a través de los actos administrativos materia de controversia en el *sub judice*; en el aludido pronunciamiento el Tribunal denegó las pretensiones de la demanda por considerar que si bien las resoluciones en cuestión son actos administrativos definitivos y en firme, la oposición del arrendatario a la entrega del inmueble y lo dispuesto por los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 393 de 1997, dan origen a una controversia que sólo puede ser dilucidada por el juez del contrato, por manera que la orden impartida por la entidad contratante no puede ejecutarse sin la previa tramitación de un proceso de restitución de inmueble al cual le resulta aplicable lo normado por los artículos 424 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (fls. 364-368, c. 1).

b. Copia de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1997, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de la cual se desató el recurso de alzada interpuesto por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá contra el fallo de primera instancia referido en el párrafo anterior, proveído aquél en el cual éste fue confirmado en su totalidad en consideración a que, de acuerdo con la fundamentación elaborada por la Sección Quinta de esta Corporación con apoyo en lo preceptuado por los artículos 8 y 9 de la Ley 393 de 1997,

"... la acción incoada es improcedente, por cuanto existe otro medio de defensa judicial específico para que se obtenga la restitución del inmueble dado en arrendamiento a la sociedad Proyectos Coinverpro Ltda., cual es la de acudir ante el Juez del contrato, determinado por el Art. 75 de la Ley 80 de 1993 para que adelante el proceso ejecutivo con obligación de hacer y, también, si así se lo demanda, para que dirima la controversia contractual a fin de establecer las prestaciones recíprocas de las partes y aún, la misma legalidad de las resoluciones que pusieron término al contrato. Se trata, en efecto, de un contrato respecto del cual no se declaró la caducidad, sino que se lo terminó por consideraciones distintas a su incumplimiento, amén de estar derogada expresamente la previsión del art. 63 del Decreto 222 de 1993 (sic)" (fls. 369-376, c. 1).

1.8.2.4 Mediante memorial recibido en el Consejo de Estado el día 11 de febrero de 2009, el ciudadano Ariel Leyghton Melo, quien manifiesta obrar como Consejero de Justicia de Bogotá D.C., tras efectuar una serie de consideraciones en torno al que, a su entender, constituye "el turno que le corresponde" al presente proceso para proferir sentencia de fondo, allega con destino al expediente los siguientes documentos, además del antes aportado –en varias ocasiones– "Acto administrativo No. 888 del cuatro (4) de diciembre del año dos mil uno (2001)", proferido por el Consejo de Justicia de Bogotá, D.C.:

a. Copia informal de la sentencia proferida el día 4 de diciembre de 2008, por la Sección Primera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Coinverpro Ltda., contra Bogotá, D.C. (Consejo de Justicia-Alcaldía Local de Teusaquillo), con el propósito de que se declare la nulidad de varios pronunciamientos proferidos por el Consejo de Justicia de Bogotá y por la Alcaldía Local de Teusaquillo dentro del procedimiento policivo adelantado por iniciativa de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá con el fin de obtener la restitución del Coliseo Cubierto "El Campín"; la sentencia en cuestión denegó todas las súplicas de la demanda por entender que al tratarse el bien objeto material del litigio de un bien de uso público, las autoridades demandantes contaban con competencia para adoptar las decisiones enjuiciadas, sin incurrir ni en desviación de poder, ni en violación de normas superiores, ni en falsa motivación, ni en expedición irregular o en vulneraciones del derecho de audiencia y de defensa –como lo alegan los cargos formulados contra las decisiones atacadas–, dejando claro que las facultades ejercidas por las autoridades del Distrito Capital dentro del procedimiento policivo en cuestión para disponer la restitución de un bien de uso público, ninguna relación guardan con la potestad administrativa ejercida por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá al proferir las resoluciones atacadas en el presente encuadernamiento y mediante las cuales se dio por terminado unilateralmente el contrato con fundamento en lo normado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 (fls. 18-45, c. 5).

b. Copia informal del que se afirma es el escrito radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 13 de enero de 2009, mediante el cual el apoderado de la sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., interpone el recurso de apelación contra la providencia referida en el párrafo inmediatamente precedente (fl. 46, c. 5).

c. Copia informal de la que se afirma es la decisión calendada el 23 de octubre de 2008, adoptada por el Despacho número 49 de la Unidad de la Fiscalía General de la Nación Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los sindicatos Ariel Leyghton Melo, Heliodoro Fierro Méndez, Priscila González Enríquez y la Agencia respectiva del Ministerio Público, en contra de la resolución de fecha 20 de diciembre de 2007, a través de la cual la Fiscalía 50 Seccional adscrita a la Unidad Primera de Delitos contra la Administración Pública y Justicia, calificó el mérito del sumario instruido en contra de las tres personas recién mencionadas por razón de la actuación que las mismas adelantaron en su condición de Consejeros de Justicia de Bogotá, D.C., dentro del procedimiento policivo antes referido iniciado por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá en orden a obtener la restitución del Coliseo Cubierto Luis Camacho Matiz "El Campín", calificación del mérito del sumario que se

trajo en el proferimiento de resolución de acusación en contra de los mencionados señores Ariel Leyghton Melo, Heliodoro Fierro Méndez y Priscila González Enríquez, como presuntos coautores del delito de prevaricato por acción, decisión ésta que fue confirmada mediante el proveído cuya copia informal se dijo aportar al presente expediente (fls. 49-75, c. 5).

1.8.2.5 Mediante escrito fechado el 23 de julio de 2009, el Consejero a quien le correspondió la ponencia del presente pronunciamiento se declaró impedido para conocer del proceso por considerar que, en su caso, se configuraría la causal prevista en el numeral 8 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, consistente en "*haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado*"; recibido el expediente en el despacho del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, este último Magistrado también se declaró impedido para conocer del proceso por considerar que se encontraría incurso en la misma causal antes aludida.

A su vez, la señora Consejera de Estado Myriam Guerrero de Escobar, una vez le fue remitido el expediente para su conocimiento por ser la magistrada que sigue en turno, mediante escrito calendado el 29 de julio de 2009 se declaró impedida para conocer del proceso con fundamento en la causal 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que en su calidad de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca participó en la discusión y aprobación de la sentencia proferida en el trámite de la primera instancia; mediante auto del 21 de octubre de 2009 la Sección Tercera de esta Corporación aceptó el impedimento de la Consejera Myriam Guerrero de Escobar y dispuso el sorteo de los conjuces que conocerían de los impedimentos manifestados por los Consejeros Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez.

Surtido el trámite correspondiente, mediante providencia de fecha 10 de diciembre de 2009, la Sala resolvió no aceptar los impedimentos manifestados por los Consejeros Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez y dispuso el retorno del expediente al despacho del Magistrado que funge como ponente del presente proveído.

En este estado de la actuación, procederá la Sala a proferir sentencia de fondo dentro del presente asunto, previo lo cual efectuará las siguientes

II. 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 demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos, previa una sucinta alusión, de un lado, a tres cuestiones previas: la naturaleza de la acción instaurada por la parte actora; la decisión respecto de la objeción por error grave formulada respecto del dictamen pericial practicado en la primera instancia, la cual no fue resuelta por el *a quo* y la reiterada solicitud formulada por la accionante en el sentido de que se estudie una petición de nulidad procesal que –en su

sentir– no ha sido resuelta aún y, de otro, a la relación de los elementos probatorios de los cuales se hizo acopio en el expediente:

(i) Establecer cuál es la naturaleza jurídica del inmueble objeto material del contrato N° 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente proceso, con fundamento en la distinción entre los bienes de uso público y los bienes fiscales como elementos integrantes del patrimonio a cargo de las entidades estatales.

(ii) Precisar cuál es la naturaleza jurídica del referido contrato partiendo, de un lado, de analizar si la misma deriva de la denominación que al mismo hayan decidido atribuirle las partes o de la presencia o ausencia de aquellos que hayan de catalogarse como elementos constitutivos del respectivo tipo contractual y, de otro, de clarificar cuáles son los aludidos elementos que permiten caracterizar tanto al contrato de arrendamiento como al contrato de concesión.

(iii) Con base en las conclusiones a las cuales se arribe como consecuencia del análisis desarrollado en los anteriores apartados, examinar la legalidad de los actos administrativos demandados y del contrato mismo cuya terminación unilateral, por encontrarlo incurso en la causal de nulidad absoluta prevista en el ordinal segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, fue dispuesta en las resoluciones atacadas, así como estudiar y disponer las consecuencias que deben derivarse del resultado del análisis en torno a la conformidad a derecho tanto de los actos, cuanto del contrato antes aludidos.

2.2 Cuestiones previas.

2.2.1 La acción instaurada.

Referencia singular merece este aspecto procedimental dentro del *sub judice*, en consideración a que, pese a tratarse de una acción encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos proferidos por una entidad pública en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración del negocio jurídico cuya terminación precisamente dispusieron las decisiones atacadas, el presente proceso fue iniciado –según se refirió en el inicio del apartado relativo a “*Antecedentes*” del presente proveído– en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cuestión que conduce a la Sala a la necesidad de precisar, reiterando su jurisprudencia, cuál es en la actualidad la acción que en realidad procede en este tipo de supuestos, sin perder de vista, de un lado, el imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial y, de otro, que el libelo introductorio del presente litigio fue presentado el día 27 de julio de 1994.

Y es que lo anterior obedece a que los constantes cambios tanto normativos como jurisprudenciales han sido una realidad inocultable en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto tiene que ver con la identificación del cauce procesal adecuado para controvertir los actos administrativos a cuya expedición hay lugar antes, durante o después de la celebración y la ejecución del contrato estatal, de suerte que en algunos momentos y frente a cierto tipo de circunstancias se ha considerado que las procedentes son las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que en otros se ha indicado

que el mecanismo procedimental adecuado para enervar la presunción de legalidad que acompaña a tales actos es la acción contractual; en ese devenir primero se consolida, luego se desvanece y por último, parece retomar vigor la distinción entre actos administrativos previos o "separables" del contrato y actos contractuales propiamente dichos, comprendiendo por aquéllos los expedidos con anterioridad a la celebración del contrato e incluyendo entre éstos a los proferidos después de dicho momento, vale decir, durante la ejecución del respectivo vínculo contractual.

Así las cosas y evitando remontarse a épocas anteriores en la historia normativa nacional, cabe indicar que el Decreto-Ley 01 de 1984 acogió la anotada distinción –de raigambre doctrinal y jurisprudencial–, al asignarle al control judicial de los actos denominados previos o "separables" del contrato, el cauce procesal de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general –nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho–, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de actos contractuales propiamente dichos. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o "separables" y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de *"los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual"*, al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 77 del referido conjunto normativo, disposición que, igualmente, dejaba claro que tales decisiones administrativas *"sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo"*.

El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución *"con motivo u ocasión de la actividad contractual"* permitía sostener la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión en virtud de la cual *"para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso"*, por manera que –de conformidad con dicha inteligencia– tan contractuales serían los actos administrativos que ordenan la apertura de la licitación, adoptan el pliego de condiciones o adjudican el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercen potestades excepcionales, se termina o se liquida unilateralmente el negocio jurídico. Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugna por mantener la distinción entre actos previos o "separables" y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato.

Esa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se establece que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente

los litigios a los cuales pueda dar lugar la conformidad o contrariedad a derecho de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado; por cuanto atañe a los segundos, su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual. Así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normatividad vigente en la materia.

Pues bien, como sin mayor dificultad puede advertirse, para la época en la cual se presentó la demanda que dio origen al presente litigio –27 de julio de 1994– no existía una postura ni legal ni jurisprudencial pacífica, uniforme y reiterada que permitiera señalar, sin ambages, cuál era el cauce procesal a través del cual debían ser cuestionados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos expedidos en relación con la actividad contractual de las entidades estatales, bien que se tratara de los expedidos en la etapa precontractual, ora la cuestionada fuese una manifestación unilateral de voluntad administrativa definidora de situaciones jurídicas con posterioridad a la celebración del negocio, aunque lo cierto es que tratándose de éstas últimas decisiones –actos contractuales propiamente dichos–, resultaba mayor la claridad en el sentido de que el cauce procesal idóneo a efectos de controvertir su validez era la acción contractual, pues en realidad la disparidad de criterios en torno a la acción procedente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 –vigente para las fechas tanto de expedición de las resoluciones aquí demandadas como de presentación del libelo introductorio de la presente litis– tenía lugar, principalmente, respecto de los actos administrativos expedidos en fase precontractual.

Sin embargo, dado que los actos administrativos atacados en el *sub lite* fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato –como que, de hecho, ordenan la terminación unilateral del mismo– y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales, tanto en virtud de lo normado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –en la redacción dada al mismo por el Decreto 2304 de 1989–, como atendiendo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo anterior, el demandante dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el escrito inicial del proceso, circunstancia ésta que no obsta para que, como lo ha sostenido con anterioridad la jurisprudencia de esta Sección dando aplicación al mandato constitucional que compele al juez a conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales –artículo 228 superior–, haya de entenderse que la acción promovida por la parte demandante en el presente asunto fue la consagrada en el artículo 87 del Estatuto de Procedimiento Administrativo y es dentro de dicho marco –que no en el, de cierto modo, más restringido que supone la instauración de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho–, por tanto, que habrán de estudiarse y resolverse los diversos problemas jurídicos antes planteados, con el propósito de desatar el presente litigio.

Por lo demás, para el caso concreto ocurre que ninguna trascendencia práctica reviste precisar que lo que en efecto corresponde es la acción contractual y así será estudiada y

decidida, aunque el actor dijo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, comoquiera que ambos deben rituarse y tramitarse por un único procedimiento, el ordinario y, más importante todavía, para la fecha de presentación de la demanda no había operado la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho –por regla general establecida en el término de 4 meses–, por lo cual menos podría predicarse el acaecimiento de ese fenómeno en relación con la acción relativa a controversias contractuales –para esa época y por regla general prevista en un plazo de 2 años a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento–, amén de que en el caso de la acción contractual no hace falta cumplir el requisito legalmente exigido para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho consistente en identificar, en la propia demanda, las normas que se alegan violadas y expresar las razones o el fundamento de tales violaciones, cuestión que no constituye óbice para que en el caso de las acciones contractuales con cuyo ejercicio se persigue la anulación de un acto administrativo contractual sí deba precisarse con total claridad, en las pretensiones de la demanda, aspecto éste que se encuentra suficientemente satisfecho en el caso que ahora se examina, como también lo está el requisito indispensable y connatural a cualquier acción contractual como lo es la acreditación en debida forma de la existencia del correspondiente vínculo contractual.

En similar dirección, ha sostenido la Sala lo siguiente:

"En consideración a que el actor manifestó en su demanda que ejercitaba la acción prevista en el artículo 85 del CCA (fol. 2 c. ppal), esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, y que al alegar de conclusión afirmó que ejercitaba la de controversias contractuales (fol. 266), la Sala, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política que garantiza la prevalencia del derecho sustancial, entiende ejercitada esta última, como lo hizo también el Tribunal a quo.

En efecto, de conformidad con lo señalado por la Sala en anteriores oportunidades la acción de controversias contractuales es la procedente cuando se pretenda dirimir un litigio derivado del contrato estatal:

"[s]i el daño alegado tiene como causa un acto administrativo, la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento; como no podrá ser sino de reparación directa cuando la lesión devenga de un hecho, de una omisión o de una operación administrativa; y como no podrá ser sino contractual cuando el perjuicio tenga como causa el contrato mismo, los hechos de ejecución o cumplimiento de su objeto contractual o los actos administrativos dictados por la entidad pública contratante con motivo u ocasión de la actividad contractual". (Se subraya).

En el presente caso, se solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte declaró la caducidad del contrato N° 073 de 1990, celebrado con el señor Nicolás Trejos Ossa, como también la consecuente indemnización de perjuicios. Se advierte así que la causa del perjuicio se radica en actos contractuales dictados por la entidad pública demandada, con ocasión de su actividad contractual, por lo cual la acción procedente es la consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo" (cursivas y subrayas en el texto original).

2.2.2 La objeción por error grave formulada por la parte demandada en contra del dictamen pericial practicado en la primera instancia.

La prueba pericial que se practicó dentro del *sub judice* fue solicitada por la parte actora, en el libelo introductorio del litigio, con el propósito de que peritos economistas establecieran

"... el valor de los perjuicios causados a la demandante con ocasión de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento 002 de enero 7 de 1994, tanto el lucro cesante, daño emergente, perjuicios materiales y morales, debidamente actualizados en su valor a la fecha del dictamen así como los respectivos intereses y la suma mensual en que debe incrementarse la suma determinada por los peritos, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia, para la (sic) cual mi poderdante coloca a disposición de los peritos los libros contables y respectivos soportes, relacionados con los egresos que ha tenido que realizar mi representada con ocasión del contrato 002 de enero 7 de 1994" (numeral 33 de la relación de pruebas de la demanda, fl. 20, c. ppal.).

La prueba fue decretada mediante auto calendado el 7 de febrero de 1995 (fls. 47-51, c. ppal.); de otro lado, el apoderado de la parte demandada –mediante memorial obrante a fl. 77, c. ppal.– amplió el cuestionario cuya evacuación se solicitó por parte de los peritos, a los siguientes extremos:

"1. Cuáles fueron los costos asumidos por la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., como consecuencia del mantenimiento y explotación del COLISEO CUBIERTO EL CAMPIN, desde el 7 de enero de 1994 hasta el 23 de febrero del mismo año, discriminados en las siguientes partidas: costos laborales, cánones de arrendamiento, sobretasa por espectáculos, servicios públicos y mantenimiento del inmueble.

2. Cuál ha sido el montode (sic) los ingresos, mes por mes, percibidos por la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., desde el 7 de enero de 1994 hasta la fecha en que se rinda la experticia, por concepto de boletería para el ingreso de público a los espectáculos presentados en el Coliseo Cubierto el Campín.

3. Cuál ha sido el valor, mes por mes, de las sumas consignadas por la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., a la JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE SANTAFE DE BOGOTA, D.C., en el Banco Popular".

Del correspondiente dictamen pericial –obrante a fls. 1 y ss., c. 4–, se corrió traslado común a las partes, por el término de 3 días, mediante auto de fecha 10 de mayo de 1996; dicho traslado fue descorrido por la parte demandada –mediante memorial obrante a fls. 99 a 101, c. ppal.–, la cual solicitó aclaración y complementación de la experticia, en relación con los siguientes extremos:

"PRIMERO.- Los señores peritos se servirán descomponer en sus distintas partidas y mes por mes, las cifras globales que fueron consignadas en los folios 000011 y 000012 de su experticio y que corresponden supuestamente a:

Total ingresos año 1994: 138.970.826.40

Total gastos generales año 1994: 143.854.142.20

Pérdida real de la Empresa: 156.601.079.80

De la misma manera, extenderán su dictamen los señores peritos a la determinación del valor de los ingresos y egresos correspondientes al ejercicio contable de 1995, y a lo que va corrido de 1996, descompuesto también, mes por mes, en sus diferentes partidas.

SEGUNDO.- Si los equipos de televisión y sonido dispuestos para el inmueble materia del contrato de arrendamiento, folios 19 y 20 del experticio, fueron pagados por Coinverpo Ltda.; en caso afirmativo, los señores peritos indicarán la fecha del desembolso y el criterio que se adoptó para la estimación de su valor por la suma de \$318.740.368. Finalmente, dirán a quién pertenecen los equipos en cuestión.

TERCERO.- Si por los espectáculos a los que se alude en los folios 000023 y 000024 del experticio, existe contrato oportunamente celebrado. En caso afirmativo los señores peritos los agregarán al experticio, junto con todos sus anexos, si los hubiere.

CUARTO.- Cuál fue la pauta desde el punto de vista contable y financiero que los señores peritos siguieron para determinar los ingresos que se derivarían de la realización de cada uno de los espectáculos relacionados en los folios 000023 y 000024.

QUINTO.- Los señores peritos determinarán las fechas en las que se celebraron los contratos publicitarios –folios 000029, 000030 y 000031– del experticio. También agregarán al mismo copia de esos contratos y de los documentos donde consta su terminación unilateral.

SEXTO.- Los señores peritos precisarán para cada uno de los contratos publicitarios (folios 000029, 000030 y 000031) las técnicas adoptadas para establecer la llamada utilidad operacional POTENCIAL.

SEPTIMO.- Los señores peritos complementarán su dictamen, indicando de acuerdo a cuáles reglas contables, bancarias o jurisprudenciales, el producto de un capital se calcula indexándolo con la inflación y sumándole el interés corriente bancario.

OCTAVO.- Se servirán los señores peritos indicar cuál había sido la ganancia percibida por el arrendador del inmueble, en el mismo período en el cual el arrendatario había obtenido la utilidad que ellos calculan en su dictamen. Así, por ejemplo, si durante 1994 Coinverpro dejó de ganar cerca de cuatro mil millones de pesos, dirán cuánto ganó o dejó de ganar el propietario arrendador del Coliseo el Campín" (fls. 99-101, c. ppal.).

Del respectivo escrito de complementación y aclaración del dictamen –obrante a fls. 398-415, c. 4– se corrió traslado común a las partes, por el término de 3 días, mediante providencia calendada el 9 de diciembre de 1996; dentro de dicho plazo, la parte demandada objetó el referido dictamen, por encontrar que el mismo adolece de error grave, con base en los planteamientos que se sintetizan a continuación:

- Que si bien los peritos accedieron, en la complementación que efectuaron al dictamen inicial, a discriminar los costos en los cuales habría incurrido la sociedad accionante como consecuencia de la ejecución del contrato 002 de 1994 durante el mencionado año, no

explicaron dichas erogaciones por su origen, naturaleza y destinación, situación que condujo a que Coinverpro Ltda., pudiera demostrar pérdidas superiores a las contablemente registradas en los respectivos libros, de suerte que dichas pérdidas se habrían producido, extrañamente, en un solo mes –el de agosto– de la referida anualidad, conclusión que carece de respaldo probatorio.

- Que los peritos, en su condición de economistas, estaban en la obligación de soportar su trabajo en principios de orden técnico y no limitarse a reproducir asientos contables desligados de la realidad, con lo cual dieron por ciertas unas cifras y extrajeron de ellas conclusiones, sin sustento alguno, de suerte que incurrieron en numerosas contradicciones que, en su momento, no supieron explicar, violando así la obligación que les impone el numeral 1° del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil:

"Ahí radicó el error grave de los señores peritos, quienes como meros amanuenses sin el menor apego por la verdad material que surge precisamente de la confrontación de cifras y circunstancias, optaron por el equivocado camino de aceptar como cierta la información que se les suministró, sin someterla previamente a la criba de la razón" (fl. 7, c. 5).

- Que en relación con la solicitud de aclaración presentada a los peritos con el propósito de que precisaran si los equipos de televisión y sonido dispuestos en el Coliseo "El Campín" fueron pagados por la sociedad accionante, *"la fecha del desembolso y el criterio que se adoptó para la estimación de su valor por la suma de \$318.740.368"* y de que señalaran, asimismo, a quién pertenecen dichos elementos, los auxiliares de la justicia respondieron con evasivas, ofreciendo una versión parcializada del objeto de la litis con apoyo en criterios jurídicos cuya exposición en el dictamen les está vedada y que apunta a dar por supuesta la culpabilidad de la entidad demandada, culpabilidad que se dice derivada de una pretendida presión que ésta indebidamente ejercía respecto de la sociedad accionante para que se efectuara la restitución del Coliseo, circunstancia que habría conducido a Coinverpro Ltda., –según lo habrían inferido los peritos en criterio del objetor– a incumplir sus compromisos frente a terceros.

- Que faltan a la verdad los peritos cuando sostienen que existieron contratos suscritos entre Coinverpro Ltda., y terceras personas para la realización de espectáculos en el Coliseo "El Campín", pues lo realmente obrante en el expediente son cartas mediante las cuales la aludida sociedad ofrece el Coliseo con posterioridad a la terminación del contrato de arrendamiento, en abierta demostración de mala fe y que, a su turno, reposan en el encuadernamiento las cartas remitidas por varios empresarios anunciando que se abstienen de perfeccionar cualquier acuerdo con la aquí accionante; en consecuencia, al no haber contratos perfeccionados, en el sentir del apoderado de la entidad demandada mal puede alegarse la causación de perjuicios indemnizables; adicionalmente, señala el objetor que el cálculo que de dichos perjuicios realizaron los auxiliares de la justicia responde al *"mero pálpito o presentimiento de peritos parcializados que se atreven a lanzar afirmaciones sin fundamento técnico o científico"*.

- Que si bien se solicitó a los peritos aclarar cuáles fueron las técnicas que emplearon para establecer la denominada *"utilidad operacional potencial"* en relación con cada uno de los contratos publicitarios que dijo celebrar Coinverpro Ltda., como corolario de la ejecución del

contrato estatal 002 de 1994, la respuesta que a este punto dieron los auxiliares de la justicia se sustentó "*en consideraciones absolutamente teóricas y no derivadas de los contratos en ciernes*", las cuales condujeron a que se estimaran causados unos perjuicios cuya fuente generadora no serían más que meras expectativas que no se corresponden con situación real alguna.

- Que los peritos yerran al liquidar las partidas que eventualmente conformarían los supuestos perjuicios, comoquiera que aplican a cada una de ellas la indexación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda más el interés bancario corriente, en abierto desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual para la mora en los negocios mercantiles se debe reconocer el interés legal comercial de mora, equivalente al doble del interés bancario corriente, tasa en la cual se entiende incluida la anotada indexación; además, en criterio del objetor, en el *sub judice* las aplicables deben ser las normas del Código Civil que regulan la materia, toda vez que se trata de un asunto que versa sobre responsabilidad civil.

- Que si bien en la solicitud de aclaración y complementación del dictamen se requirió a los peritos que indicaran cuál habría sido la ganancia percibida por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá durante el mismo período para el cual calcularon la utilidad que, según el dictamen, habría obtenido Coinverpro Ltda.,

"[S]u negativa a contestar, me indica que evidentemente al banquete de cifras y proyecciones ilusas, no está invitado mi poderdante" (fls. 1-18, c. 5).

Ahora bien, toda vez que el *a quo* no efectuó pronunciamiento alguno respecto de la aludida objeción por error grave en el fallo de primera instancia, habrá de ocuparse la Sala de resolverla, con el propósito de acotar el material probatorio del cual se dispone a efectos de desatar la litis; en el referido orden de ideas, resulta menester traer a colación los planteamientos que la propia Sala ha efectuado en punto de las características que deben concurrir en una objeción por error grave formulada en contra de un dictamen pericial, a fin de que el aludido cuestionamiento cuente con vocación de prosperidad:

"De todas formas, además de la libertad, de la soberanía, de la facultad y de la obligación que asisten al juez al momento de valorar el mérito probatorio de cada uno de los apartados de un dictamen pericial, ha de tenerse en cuenta, igualmente, que las partes pueden desempeñar un rol activo y determinante en la formación del convencimiento del fallador en torno al mérito probatorio de la pericia. Tal es el sentido de la regulación efectuada en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 238, con el fin de disciplinar la contradicción del dictamen pericial, pues se concede a las partes el derecho de objetarlo por error grave y se señalan la oportunidad, los requisitos y las exigencias de dicha objeción, en particular, las de precisar, individualizar o concretar el yerro, indicando en qué consiste, de qué apartados o componentes de la peritación se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones y qué pruebas se estiman pertinentes para su demostración en defecto de su ostensibilidad.

Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que "(...) si no hubiera sido por tal

error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)”, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial—y de los restantes medios de convicción—y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

«... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)» (subrayas fuera del texto original).

Trayendo los referidos planteamientos al análisis de los argumentos propuestos por el apoderado de la entidad demandada en la objeción que por error grave formuló a la pericia practicada dentro del presente proceso, salta a la vista que la inconformidad del objetante se centra en la que, en su criterio, constituye una evidente falta de solidez de los datos, de las inferencias y de las conclusiones presentadas por los peritos tanto en su trabajo inicial, como en el de aclaración y complementación de la experticia, disparidad de criterios que aún a pesar de su aparente entidad, no reviste las características que, según se ha referido, deben concurrir en el error grave que ha de resultar identificable en un dictamen a fin de que prospere la objeción que en tal virtud contra él se plantee; en otros términos, la censura que la parte demandada esgrime en contra de la pericia no permite avizorar que en ésta se hubiere trastocado el ámbito de realidad objeto de observación por los expertos o que se hubiere tomado como referente de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que había de constituir materia del dictamen.

Más bien, entiende la Sala que los reparos formulados por el apoderado de la entidad accionada en relación con este extremo, lejos de encuadrar en la caracterización que de la tacha por error grave realiza el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, realmente versan sobre las apreciaciones, las inferencias, los juicios y las deducciones que los expertos realizan, pues éstos en realidad sí abordaron en su estudio los asuntos que fueron sometidos a su examen por las partes –la identificación y cuantificación de los perjuicios que cada una de las partes aduce que le fueron irrogados como consecuencia de los hechos, de los comportamientos y de las circunstancias que constituyen materia del presente litigio–, con lo cual la tacha por error grave, en realidad, se está proyectando respecto del proceso intelectual del perito y ello la priva de vocación de prosperidad, razón por la cual deberá ser desestimada, como en efecto se desestimará en la parte resolutive del presente pronunciamiento.

Cosa distinta es que el mérito o valor probatorio que deba atribuírsele al contenido del dictamen sí constituye una cuestión que, en relación con el resto del material probatorio recaudado en el plenario y atendidos los razonamientos jurídicos que determinarán la relevancia de la pericia dentro del *sub judice*, eventualmente habrá de ser dilucidada por la Sala dentro del presente pronunciamiento; frente a tal escenario, sin duda, habrían de ser tomadas en consideración las críticas que la entidad demandada vierte en contra de la confiabilidad, la solidez y la coherencia de los elementos valorados, de las inferencias efectuadas y de las conclusiones ofrecidas por los peritos en su trabajo obrante en el plenario, siguiendo los parámetros que, igualmente, en anterior ocasión ha esbozado la Sala en relación con el anotado asunto relativo a la valoración que debe efectuar el juez de todo dictamen pericial:

"De otro lado y en cuanto tiene que ver con **el mérito o el valor probatorio** del dictamen pericial, si bien es cierto que el dictamen del perito ofrece mayor confianza que el testimonio de terceros en relación con las circunstancias que se constatan y/o analizan —e incluso puede tener alcances diversos y completamente ajenos a los de la prueba testifical si se tiene en cuenta, por vía de ejemplo, que a diferencia de lo que ocurre en el testimonio, los hechos objeto del dictamen pueden ser futuros, como en el caso de la identificación y cuantificación de perjuicios—, como quiera que el experto cuenta con una mayor calificación para percibir con exactitud y valorar adecuadamente los hechos, no lo es menos que recae en el juez la responsabilidad y, a su vez, la facultad de determinar si el dictamen es de recibo como prueba, sin que se encuentre en la obligación de aceptar indiscutidamente las conclusiones de los peritos; la credibilidad o el mérito probatorio que le atribuya al dictamen dependerá de aspectos como la experiencia y calificación profesional, técnica, científica o artística del perito, además de la coherencia, precisión y suficiencia de la fundamentación del dictamen, quedando siempre claro que es el sentenciador quien dilucida cuál es la fuerza de convicción que ha de atribuírsele a la experticia, pues ésta constituye el resultado de la labor de un colaborador de la Jurisdicción que debe ser objeto de valoración y no el fruto del ejercicio de la función jurisdiccional, que es privativa del juez y que no resulta delegable.

De este aspecto se ha ocupado la Sala en ocasión anterior, en la cual expresó lo siguiente:

«c. Cuando la prueba pericial evidencia, como en el sub lite, tal grado de inconsistencia y falta de rigor científico, el juez, dentro de la facultad que le asiste para valorar toda la comunidad probatoria recaudada de conformidad con las reglas de la sana crítica, puede prescindir de tomar en consideración, para fallar, un experticio técnico rodeado de semejantes singularidades. Así se desprende de lo preceptuado por los artículos 237, numeral 6º y 241 —inciso 1º— del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor:

«Artículo 237. Práctica de la prueba. En la práctica de la peritación se procederá así:

(...)

6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones».

«Artículo 241. Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso».

Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia, habida cuenta que se trata de un elemento de prueba que debe valorarse y no de una función jurisdiccional, que es privativa del juez y, en esa medida, indelegable en los peritos. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica a la pericia, convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa. También la mejor doctrina ha sostenido cuanto aquí se viene afirmando en punto a la valoración que el fallador debe realizar de la prueba pericial. En este sentido, explica el profesor Devis Echandía que es necesario que el dictamen reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:

«f) Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable.

(...)

g) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo

suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo...

(...)

h) Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión...» (subraya la Sala)» (todas las cursivas y subrayas en el texto original).

(...)

Por otra parte, el análisis que debe llevar a cabo el juez o magistrado en punto a atribuir valor probatorio al dictamen debe ser el mismo tanto tratándose de la relación de hechos observados por los peritos —*perito percipiendi*—, como en relación con sus conclusiones técnicas, científicas, sus conceptos o sus juicios —*perito deducendi*—, toda vez que el experto puede acertar o incurrir en error en cualquiera de las aludidas actividades. Sin embargo, la Sala estima pertinente insistir en que esa actitud crítica con la cual el fallador debe valorar cada uno de los apartes que integran la peritación, en manera alguna desvirtúa la posibilidad que tiene el juez de apoyarse en el experto colaborador de la Justicia tanto para que éste lleve a cabo la constatación de hechos cuya adecuada incorporación al expediente precisa del ejercicio de alguna competencia técnica, científica o artística especializada, como para que el perito, en ejercicio de los especiales conocimientos, habilidades o destrezas de los cuales dispone, lleve a cabo valoraciones, determinación de causas y efectos, pronósticos, cálculos, en fin, extraiga conclusiones de la aplicación de la ciencia, las artes o las reglas de la experiencia a los hechos relevantes para dirimir la litis. La doble función que puede desempeñar el dictamen pericial —según se explicara precedentemente en este apartado—, no se ve afectada por el juicio crítico y la valoración soberana que de cualquiera de los componentes de la pericia —como de cualquier otro medio de prueba— puede y debe llevar a cabo el juzgador» (subraya la Sala).

Algo similar puede predicarse de la valoración de aquellos apartes del dictamen pericial en los cuales el juez advierta que el perito ha formulado opiniones o criterios jurídicos, los cuales se encuentran, en principio, vedados al alcance de la función de la experticia; así pues, en relación con aquellos aspectos del dictamen pericial que, como lo sostiene el apoderado de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, realmente constituyan apreciaciones o conclusiones de naturaleza jurídica, simplemente, de llegar a resultar ello relevante dentro del presente proceso, se deberá declarar que los mismos carecen de fuerza de convicción o de mérito probatorio, como igualmente lo ha señalado la Sala en precedente oportuno:

"Ahora bien, tampoco puede olvidarse, en línea con lo expuesto en precedencia en torno al objeto de la peritación, que los aspectos estrictamente jurídicos, por mandato legal, se

encuentran sustraídos del contenido de la pericia y han sido reservados a la decisión del juzgador, de manera tal que devienen inocuas e inanes las eventuales opiniones —de los peritos o, en contradicción con ellos, de las partes— sobre puntos de derecho y fútiles las objeciones de "*puro derecho*" en torno del alcance o sentido del Derecho aplicable. En efecto, el dictamen pericial, con las restantes pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, es un instrumento idóneo para el entendimiento de las materias artísticas, técnicas, científicas y especializadas comprendidas en la cuestión controvertida, sin que puedan tornarse en una decisión jurídica, pues "*la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. tomo, LXVII, pág. 161)*".

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se dispondrá en la parte resolutive del presente pronunciamiento declarar infundada la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial practicado dentro del presente proceso, sin perjuicio, claro está y según se viene de señalar, de que, eventualmente, de llegar a resultar necesario, se entre a valorar la solidez, suficiencia y coherencia de las explicaciones y de las conclusiones expuestas por los peritos, para atribuirles el valor o fuerza de convicción que en derecho corresponda, caso en el cual deberán tomarse en consideración las alegaciones efectuadas por la parte demandada en el escrito mediante el cual planteó la objeción por error grave que ahora se desestima.

2.2.3 La solicitud de nulidad procesal formulada por la parte demandante.

Como ha quedado referido ya en el acápite de "*antecedentes*" dentro del presente proveído, la parte actora ha insistido, en diversas ocasiones a lo largo del trámite de la segunda instancia del asunto *sub júdice*, en solicitar que se acceda a declarar la nulidad procesal que ha venido planteando incluso ante el propio *a quo*, por entender que éste pretermitió por completo la primera instancia al no resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados que se formuló en el libelo introductorio del litigio; así lo solicitó en el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el *sub lite* y dicho pedimento fue reiterado con posterioridad, tanto en el alegato de conclusión que en su oportunidad presentó la parte actora, como tras haber sido pasado el expediente al despacho del Magistrado Conductor del proceso con el propósito de preparar proyecto de sentencia en la segunda instancia.

De esta última solicitud se corrió traslado a la parte demandada mediante providencia calendada el 9 de noviembre de 1998 (fl. 251, c. 1) y la accionada lo descorrió oponiéndose a la referida petición por entender que no existe incidente o pedimento alguno de nulidad pendiente de decisión, toda vez que tal requerimiento —sostuvo la demandada— fue efectivamente resuelto por el Tribunal *a quo* mediante proveído de fecha 23 de octubre de 1997.

Pues bien, encuentra la Sala que la solicitud de nulidad procesal en comento fue resuelta por la referida decisión que el Tribunal *a quo* adoptó en octubre 23 de 1997 y, posteriormente, de zanjar cualquier discusión al respecto se ocupó la providencia del 25 de enero de 1999, mediante la cual el Magistrado Conductor del proceso en segunda instancia denegó la declaratoria de anulación deprecada en consideración a que los hechos en los

cuales el actor funda su petición, esto es, la falta de resolución de una solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, no encuadra en causal alguna de nulidad procesal de las taxativamente previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, a lo cual añade que tales circunstancias no fueron oportunamente alegadas por la parte actora, dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda –contra el cual podía interponerse el recurso de reposición–, lo cual "*implicó aceptación de su contenido y el saneamiento de la irregularidad alegada*" (fls. 260-266, c. 1).

No obstante la claridad del proveído recién aludido, cuyo contenido se reafirma íntegramente a través del presente pronunciamiento, quiere la propia Sala recordar, asimismo, que contra el auto mediante el cual fue admitido el recurso de alzada interpuesto contra el fallo de primera instancia –de fecha 16 de febrero de 1998 (fl. 175, c.1)– la parte demandada interpuso el recurso de reposición y solicitó que la apelación fuese declarada desierta porque, a su entender, lo pretendido por el apelante es revivir una discusión ya dilucidada por el *a quo*, como lo fue la relacionada con el incidente de nulidad propuesto por la parte actora con fundamento en la alegada omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal de primera instancia en torno a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados; y la referida impugnación fue resuelta mediante decisión fechada el 24 de marzo de 1998, en el cual se decidió confirmar el auto admisorio del recurso de apelación, con fundamento en que los argumentos expuestos por la parte demandada en su escrito de reposición constituirían materia del análisis propio de la sentencia de segunda instancia, momento en el cual su examen debería ser abordado (fl. 181, c. 1).

En el anterior orden de ideas y con el fin de eliminar de manera definitiva cualquier inquietud que pudiera mantenerse a esta altura del trámite procesal en torno a la insistentemente alegada falta de resolución de la solicitud de nulidad procesal elevada por la sociedad accionante –inquietud que, bueno es reiterarlo, de existir, la Sala se anticiparía a considerarla totalmente infundada comoquiera que el pedimento en referencia fue resuelto tanto por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 23 de octubre de 1997 (fls. 5-8, c. 6), como, si se quiere, de forma innecesaria por haberse ya resuelto de fondo dicha cuestión en la primera instancia, nuevamente por el Magistrado Conductor del proceso en la segunda, mediante el también aludido auto del 25 de enero de 1999, la Sala insistirá en la aducción de los argumentos que conducen a concluir, sin lugar a la menor hesitación, que ningún reparo de legalidad puede formularse, en este momento procesal, a la instrucción del expediente, pues la omisión en la cual incurrió el Tribunal *a quo* al no resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados no constituye causal de anulación de etapa alguna del plenario de las legalmente previstas y, adicionalmente, dicha irregularidad quedó saneada por la falta de oportuna alegación de la misma por parte de la propia sociedad accionante, en cuanto interpuso recurso alguno en contra del proveído mediante el cual se admitió a trámite la demanda.

La anterior es la postura que ha asumido la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de la Corporación –en precisa ocasión con ponencia del Magistrado Conductor del proceso *sub examine*– como la Sala de Decisión de la Sección Tercera –también en ocasiones con

ponencia de quien en el *sub lite* funge como Consejero Director del presente litigio-, a propósito del régimen legal de las nulidades procesales, respecto del cual se concluyó que dicho régimen 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 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"(subrayas en el texto original).

La Corte Constitucional, a su turno, al decidir la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la expresión "*solamente*", que integra de manera sustancial el texto del artículo 140 del C. de P. C., mediante la cual la propia ley limita a las precisas causales de esa disposición la configuración de nulidades procesales, reafirmó la vigencia del aludido principio de *especificidad* o de *taxatividad* al declarar ajustada a la Carta Política la expresión demandada, conclusión a la cual arribó con apoyo, entre muchos otros, en los siguientes razonamientos:

"Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador.

Las atribuciones del legislador en la materia contribuyen a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica, en lo atinente al desarrollo de las actuaciones procesales, en cuanto presume, acorde con los principios de legalidad y de buena fe que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a la invocación de una de las causales específicamente previstas en la ley. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas.

El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos.

Con fundamento en lo anterior, estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión "solamente" que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia.

Al mantener la Corte la expresión "solamente" dentro de la referida regulación normativa, respeta la voluntad política del legislador, en cuanto reguló de manera taxativa o específicamente las causales legales de nulidad en los procesos civiles, las cuales ahora con el cambio constitucional se encuentran adicionadas con la prevista en la norma del art. 29, a la cual se hizo referencia.

Por lo demás, advierte la Corte al demandante sobre la temeridad de su pretensión, porque así se declarara inexecutable la expresión "solamente", tal pronunciamiento resultaría inocuo, pues no se lograría el resultado buscado por el actor, cual es eliminar la taxatividad de las nulidades, porque de todas maneras, con o sin la expresión "solamente", las nulidades dentro del proceso civil sólo son procedentes en los casos específicamente previstos en las normas del artículo 140 del C.P.C., aunque con la advertencia ya hecha de que también es posible invocar o alegar la nulidad en el evento previsto en el art. 29 de la C.P."

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 términos:

"Cuarta. La posibilidad, planteada por la demanda, de que la nulidad constitucional del inciso final del artículo 29 de la Carta, opere, en cualquier momento, aun en contra de sentencias ejecutoriadas, sin que sea necesaria su declaración judicial, y pudiendo alegarse a través de las causales de revisión del Código de Procedimiento Civil, no es cierta.

Recuérdese que el actor, con el fin de demostrar que la caución exigida por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil es inconstitucional, sostiene que también es posible alegar la nulidad constitucional del inciso final del artículo 29 de la Carta, con base en las causales de revisión que dicho Código consagra en su artículo 380. Lo esencial de su razonamiento consiste en partir de la base de que la anotada nulidad constitucional no necesita de declaración judicial, pues opera "de pleno derecho", y en afirmar que si es

planteada después de la ejecutoria de la sentencia, como sus efectos son inmediatos y prevalentes, supone la consiguiente pérdida de importancia o abolición del alcance de los conceptos de la ejecutoria de fallos y la cosa juzgada.

En primer lugar, la Corte es consciente de que la expresión "de pleno derecho", indica que ciertos efectos jurídicos se producen por la sola ocurrencia de determinados hechos, automáticamente, sin que importe lo que la voluntad humana (aun la judicial) pueda considerar al respecto, verbi gratia, la mayoría de edad, que es una calidad a la que se llega por la simple adquisición de una edad, sin necesidad de ninguna declaración especial. Sin embargo, se observa que para que algo pueda operar de "pleno derecho", se exige que recaiga sobre hechos o circunstancias que no requieran de la intervención de la voluntad humana. Esto no ocurre con la institución de las nulidades procesales o probatorias, que es la consecuencia de vicios relevantes que no siempre son de fácil aprehensión. Como materia delicada en el trámite de los procesos, la seguridad jurídica, las exigencias del mismo debido proceso y el principio de que los asociados no deben hacerse justicia por su propia mano, indican que repugna con una interpretación armónica de la Constitución, la afirmación de que la nulidad del inciso final del artículo 29 opera sin necesidad de intervención de la rama judicial, prácticamente con la simple declaración unilateral del interesado. Por lo dicho, la Corte discrepa de la aseveración del actor en el sentido de que la nulidad constitucional del inciso final del artículo 29 de la Constitución, no requiere de sentencia judicial, como consecuencia del uso de la expresión "de pleno derecho".

En segundo término, la Corte no puede prohiar 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". (Los subrayos no pertenecen al original).

Los dos enunciados y explicados principios o rasgos característicos del régimen relativo a las nulidades procesales en el sistema jurídico colombiano, encuentran su debida consagración en el señalamiento exacto y concreto que la propia ley realiza acerca de los únicos eventos en los cuales no resulta 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 en los numerales 5 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., son subsanables o convalidables, fenómeno de la convalidación que debe tenerse por acaecido "[C]uando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente" (artículo 144-1, C. de P. C.) y que constituye una hipótesis plenamente armónica con la prevista en 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 categóricamente la posibilidad de alegar cualesquiera de las 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, misma que puede operar bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada, ora en consideración al consentimiento prestado de manera tácita, como el que se colige de la realización de actuaciones posteriores sin que se produzca oportuna alegación de la nulidad o de la irregularidad correspondiente.

En el anterior orden de ideas, habida cuenta de que la irregularidad puesta de manifiesto por la parte actora –omisión de pronunciamiento por parte del *a quo* en torno a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados al resolver el Tribunal de primera instancia sobre la admisión de la demanda– no constituye causal de nulidad –ni de las insubsanables ni de las saneables previstas taxativamente en la ley– y tampoco fue oportunamente alegada la anotada falencia mediante la interposición de los recursos procedentes en contra de la primera decisión adoptada en el proceso, no puede la Sala concluir nada distinto a que, en su momento, tanto el *a quo* como el *ad quem* acertaron al declarar infundada e improcedente la petición de nulidad procesal deprecada por la parte actora en el presente encuadramiento, sin que pueda formularse reparo alguno que comprometa la legalidad de su sustanciación, razón por la cual se encuentra habilitada la Sala para entrar a estudiar el fondo del asunto, previo lo cual se hará referencia al acervo probatorio recaudado en el expediente.

2.3 El material probatorio recaudado en el plenario.

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 resolver los problemas jurídicos que se han dejado planteados al inicio de la parte considerativa del presente proveído:

a. Copia auténtica del contrato celebrado el 7 de enero de 1994, entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y la sociedad Coinverpro Ltda., negocio jurídico de cuyo texto se destacan las siguientes cláusulas:

"Primera. La Junta se compromete para con el arrendatario a conceder a título de arrendamiento en forma exclusiva, el bien inmueble de su propiedad denominado Coliseo Cubierto Luis Camacho Matiz 'El Campín', consistente en un lote de terreno y la edificación en él construida, el cual se encuentra ubicado entre los siguientes linderos: por el occidente en una longitud de 190 ml sobre la avenida 30; por el oriente, en una longitud de 70 ml, sobre la carrera que comunica con la Universidad del Deporte y 104 ml sobre la carrera que comunica el estadio de fútbol 'El Campincito'; por el norte, en una longitud de 145 ml sobre la diagonal 57; por el sur, en una longitud de 132 metros lineales sobre el parqueadero Campo de Marte, de conformidad con los planos que se anexan y forman parte integral del presente contrato, en el que se presentarán espectáculos deportivos, culturales y recreativos, según la propuesta presentada, la cual hace parte del presente contrato.

Segunda. Valor del Contrato: Para todos los efectos legales y fiscales el presente contrato tendrá un valor de \$3'600.00 anual (sic), pagaderos en mensualidades anticipadas de \$300.000 cada una, el cual será reajustado según el índice de precios al consumidor dado a conocer por la autoridad competente durante cada año, según la duración del mismo.

Parágrafo. El canon mensual a que se refiere la presente cláusula se cancelará por parte del Arrendatario, dentro de los primeros 5 días de cada mes en la tesorería de la Junta.

Tercera. Participación Económica. La Junta recibirá del arrendatario, el cinco por ciento del valor neto de cada boleta de ingreso a cada espectáculo que se presente, descontando los impuestos de ley, suma que deberá ser cancelada en la tesorería de la Junta dentro de los tres días siguientes a la liquidación de cada evento, de conformidad con el acta elaborada por la Oficina de Recaudos de la Junta.

Cuarta. Duración. El término de duración del presente contrato será de diez años contados a partir de su perfeccionamiento, el cual podrá ser prorrogado a conveniencia de las partes.

Parágrafo: Las suspensiones que se presenten en el desarrollo del contrato interrumpirán el término de duración del mismo.

Quinta: Obligaciones y Prohibiciones del Arrendatario: El arrendatario se obliga a: 1. Realizar por su cuenta y riesgo todas las obras relacionadas en el plan quinquenal de inversión contenido en la propuesta presentada y que forma parte integral de este contrato, de acuerdo con el programa de ejecución debidamente aprobado por la Junta. Es claro que las obras adelantadas así como las instalaciones y demás suministros y muebles pasarán a ser propiedad de la Junta sin que el Arrendatario pueda alegar mejoras sobre ellos. 2. Realizar por su cuenta las obras necesarias para el mantenimiento preventivo y curativo del inmueble objeto del contrato de acuerdo a su uso normal. En todo caso, cuando el inmueble presente fallas de tipo estructural, el contrato quedará suspendido hasta tanto la Junta haga, bajo su costo, las reparaciones necesarias. 3) Responder por todos los daños que se causen al inmueble y/o a terceros con motivo de la realización de los espectáculos allí presentados. 4. Mantener en perfecto estado de limpieza y conservación las instalaciones del inmueble y las áreas aledañas al mismo. 5. Asumir los costos que demanda la administración y

funcionamiento del inmueble incluido el pago de todos los servicios públicos. 6. Pagar a la Junta por cada espectáculo que se presente lo estipulado en la cláusula tercera del presente contrato para cuyo cumplimiento la Junta utilizará las medidas de control que estime pertinentes sin perjuicio de los demás controles que, por su naturaleza, le corresponden. 7. Realizar las gestiones administrativas ante las autoridades competentes para la obtención del permiso para la realización de los espectáculos o verificar su cumplimiento según el caso. 8. Responder por los costos que se causen por llevar a cabo cada evento en particular, tales como honorarios de artistas, personal técnico y equipo necesarios, policía, bomberos y cruz roja, etc. 9. Asumir la responsabilidad civil extracontractual por los sucesos que se puedan presentar en desarrollo de los espectáculos. 11. Contratar bajo su responsabilidad el servicio de vigilancia particular en las instalaciones, 24 horas al día. 12. Coordinar con la Junta y el despacho de la primera dama de la ciudad la presentación gratuita de algunos espectáculos para los niños pobres de la ciudad, primordialmente con las escuelas públicas del distrito. 13. Presentar para que sean troqueladas por la Junta, la totalidad de las boletas para cada uno de los espectáculos que allí se presenten. 14. Suministrar a la Junta un total de 250 boletas de cortesía para cada espectáculo, discriminadas así: .. 20%, ..40% y 40% según las localidades. 15. Permitir el ingreso para el entrenamiento de los patinadores de la capital, según número y horarios acordados con la liga de este deporte. Queda prohibido al Arrendatario: 1. Dar al inmueble una utilización diferente a lo pactado en el objeto del presente contrato.

Sexta. Interventoría. La Junta ejercerá la interventoría de las obras a realizar por parte del arrendatario así como la aprobación previa de los planos y proyectos, a través de la División de Construcciones.

(...)

Décima segunda. Suspensión unilateral de eventos: cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados y de acuerdo con la ley, no se pudiere realizar un evento determinado, la Junta podrá ordenar unilateralmente su suspensión, caso en el cual podrá fijarse nuevamente fecha para su realización o suspenderse indefinidamente hasta tanto se restablezcan las condiciones que hagan posible dicho espectáculo.

(...)

Décima cuarta. Supervisión. El presente contrato será supervisado por el Jefe de la División Administrativa de la Junta" (fls. 64-67, c.2).

El clausulado del contrato se encuentra precedido de las siguientes consideraciones:

"1. Que es deber de la Junta velar por el debido mantenimiento y adecuación de los escenarios que sean de su propiedad. 2. Que el arrendatario presenta un plan quinquenal de inversiones en el cual espera recuperar en un término no inferior a 5 años y con el cual se da un adecuado mantenimiento al inmueble que se arrienda dotándolo entre otras de 18.000 sillas, arco central en acrílico, sistema de audio y camerinos, recuperación de palcos y cabinas de transmisión, construcción, adecuación y acabados de locales para comidas rápidas, construcción, adecuación y acabados para gimnasia, sauna, turcos en el sótano,

tableros eléctricos, estación y antena receptora de TV, amoblamiento urbano, plan éste presentado en una propuesta. El contrato se registró bajo las siguientes cláusulas: ..." (fl. 64, c. 2).

b. Copia auténtica del otrosí suscrito por las partes en la misma fecha en la cual fue rubricado el referido negocio jurídico, documento del siguiente tenor:

"OTROSI AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. 002 ENTRE LA JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE SANTAFE DE BOGOTÁ D.C. Y LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA.

Las partes de común acuerdo y a petición del ARRENDATARIO, deciden adicionar y modificar algunos aspectos del contrato así: Se adiciona el numeral 2 de las consideraciones preliminares en el sentido de que el ARRENDATARIO presenta un plan quinquenal de inversiones cuyo monto asciende a la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$4.752'000.000) M/CTE, el cual (sic) se dará inicio en el momento del perfeccionamiento del contrato y espera recuperar dentro del término total de duración del mismo. Se complementa la cláusula quinta con un nuevo numeral al cual (sic) queda incorporado en los siguientes términos: QUINTA. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DEL ARRENDATARIO. "... 16) Con el fin de que cumpla con el plan de inversión a que se ha obligado por este contrato, EL ARRENDATARIO podrá celebrar toda clase de contratos con terceras personas hábiles y capaces, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, con el único objeto de cumplir el servicio público para el que está destinado el inmueble objeto de este arrendamiento, excepto aquellos contratos que impliquen disposición del dominio. Se adiciona la cláusula séptima la cual se complementará así: SÉPTIMA. GARANTÍAS: "... La póliza a la que se refiere esta cláusula podrá constituirse para vigencias anuales en las mismas condiciones, prorrogables cada año hasta la terminación del contrato. Para constancia de lo anterior se firma a los 7 días del mes de enero de 1994" (fl. 5, c. 2).

c. Copia auténtica del oficio número 147, calendado el 21 de enero de 1994, mediante el cual la Oficina Jurídica de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá remitió a la Oficina de Construcciones e Interventoría de dicha entidad, copias del contrato antes referido y del cronograma de inversiones propuesto por Coinverpro Ltda., para los años 1994 a 1998, en desarrollo del mencionado negocio jurídico; del referido cronograma se destaca que el costo total de la adecuación del coliseo sería de \$4.752'000.000, discriminados así:

- Durante el año 1994, para la adquisición de equipos, recuperación de baños, camerinos, palcos o cabinas de transmisión y construcción de locales para comidas rápidas, se invertirían \$950'400.000;

- Para el segundo año, a la construcción de la segunda parte de los locales para comidas, la adquisición de sillas y la "*cuota parte – imprevistos 10% inversión – 4 años*", se destinaría un total de \$950'400.000;

- Para el año 1996, a la importación de equipos para adecuación de unidad móvil, centro de posproducción, importación de otros equipos de sonido, audio, iluminación, adecuación eléctrica y la cuota correspondiente a imprevistos, se destinaría un total de 950'400.000;

- Para el año 1997, a la importación, adecuación e instalación de equipos de audio, video, luces y sonido; a la construcción del arco central del coliseo, a la instalación de tableros electrónicos y a la cuota de imprevistos de un 10%, se destinaría la misma cifra referida para cada uno de los años anteriores;

- Para el quinto año, esto es, el de 1998, se previó la adquisición de tableros electrónicos, la pintura exterior del inmueble, la provisión de amoblamiento urbano, la adecuación de exteriores, la construcción y adecuación de sótanos para el funcionamiento de gimnasio, sauna, turcos y aeróbicos, más el 10% de imprevistos, para un total, por ese año, de 950'400.000 (fls. 325-340, c.2).

d. Copia auténtica del documento mediante el cual la Sección de Finanzas de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá certificó que el coliseo "El Campin" generó gastos, para agosto de 1993, por un valor \$62'440.606,62 y anexó, igualmente, cuadro indicativo de que los ingresos por la utilización del Coliseo a septiembre de 1993, ascendieron a la suma de \$216'782.006,19 (fls. 338-339, c.2).

e. Copia auténtica del acta suscrita el día 3 de febrero de 1994, como constancia de la entrega del coliseo "El Campín" a la sociedad Coinverpro Ltda., documento en el cual puede leerse lo siguiente:

"ACTA DE ENTREGA DEL COLISEO CUBIERTO "EL CAMPIN" DE ACUERDO AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. 0002/94

(...)

En representación de la Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., concurre y recibe el inmueble de uso público el señor LUIS EDUARDO LÓPEZ LÓPEZ. El Coliseo Cubierto El Campín se entrega en todas las estructuras, construcción y elementos que se encuentran en sus linderos, conforme al plano y según el inventario anexo. Bienes éstos que la Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., devolverán a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, D.C. a la terminación del contrato, junto con las mejoras que se efectúen en el desarrollo del mismo.

Se deja constancia que no existen contratos ni convenios con terceros para la utilización de áreas parciales del Coliseo y por esta razón se entrega absolutamente libre de posesiones, tenencia o adquisición a otro derecho real por parte de terceros sobre el mencionado inmueble" (fls. 6-7, c. 2).

f. Copia auténtica de la resolución número 0089 del 23 de febrero de 1994, proferida por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, D.C., mediante la cual se resolvió dar por terminado el Contrato No. 002 del 7 de enero de 1994, suscrito entre dicha entidad pública y la sociedad Coinverpro Ltda., acto administrativo en cuya parte resolutive se dispuso lo siguiente:

"ART. PRIMERO.- Dar por terminado el contrato No. 002 del 7 de enero de 1994 suscrito entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA.

ART. SEGUNDO.- Proceder a la liquidación del contrato, dando cumplimiento a las exigencias que sobre la materia dispone la Ley.

ART. TERCERO.- Ordenar la restitución del bien entregado.

ART. CUARTO.- La presente Resolución será notificada al Representante legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., informándole que contra éste procede el recurso de reposición, el que se deberá interponer en escrito debidamente motivado dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación".

La referida decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

"Que estudiado el texto del acuerdo de voluntades y teniendo en cuenta el bien objeto de entrega, las condiciones de inversión en éste, así como el monto de las obras a realizar por el Contratista, que es de \$4.752'000.000, se deduce que se trata de un típico contrato de concesión y no de arrendamiento.

Que de acuerdo al análisis efectuado y conforme al criterio de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte –Coldeportes– que consta en escrito del 16 de febrero de 1994, se conceptuó que el acto jurídico celebrado por el Representante Legal de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá, es 'un Contrato de Concesión y de modo alguno un contrato de arrendamiento'.

Que en la celebración de los contratos de concesión deben pactarse las cláusulas excepcionales y la de reversión, así como acudir a la licitación o concurso para la escogencia del contratista, salvo en los casos de menor cuantía, requisitos previstos en la ley 80 de 1993, arts. 14, numeral 2 y 24, numeral 1.

Que en el Contrato 002 del 7 de enero de 1994 no se tuvieron en cuenta, entre otras, las exigencias legales atrás anotadas.

Que la pretermisión de los requisitos antes mencionados origina nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso y en el numeral 2 del Art. 44 de la Ley 80 de 1993.

Que de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 de la citada Ley en los casos antes mencionados, 'el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre'" (fls. 8-9, c. 2)

g. Copia auténtica de la resolución N° 183 de 29 de marzo de 1994, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad contratista en contra del acto administrativo antes relacionado, decisión en cuya parte resolutive se dispuso:

"ART. PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 0089 del 23 de febrero de 1994 'Por la cual se da por terminado el contrato No. 002 del 7 de enero de 1994' suscrito

entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA.

ART. SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente esta resolución al Representante Legal o apoderado de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., conforme al Art. 44 del Código Contencioso Administrativo. Si no fuere posible la notificación personal se hará en los términos del Art. 45 del Código Contencioso Administrativo.

ART. TERCERO.- Contra la presente resolución no procede recurso alguno, entendiéndose agotada la vía gubernativa.

ART. CUARTO.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Como razones para sustentar esta determinación, la entidad que la adoptó esgrimió, en la parte motiva del acto, las siguientes:

"No es de recibo de esta Dirección, lo expresado en su escrito por el apoderado de la Compañía de Inversiones y Proyectos COINVEPRO, en el que manifiesta que no se motivó la resolución que es materia de controversia, ya que como se observa en ella, se señalan claramente las causas que llevaron a la administración a dar por terminado el contrato.

(...)

La falsa motivación está estrechamente vinculada al contenido mismo del acto, en cuanto a que a el (sic) se hayan afirmado nociones, principios, ideas o hechos que no corresponden a la verdad real, o bien cuando la entidad al pronunciarse mediante el acto de autos, lo hubiera hecho invocando calidades o atribuciones que en realidad carecen de fundamento de conformidad con la ley.

(...).

Es decir, que para la falsa motivación propuesta por el accionante, no se aporta prueba suficiente, al no demostrar los motivos contrarios a la falta de 'legalidad, lealtad, finalidad e imparcialidad' que hagan perder su justificación, ya que como quedó demostrado, existe un antecedente anterior y determinante, que justifica su expedición y cuando es claro que no se obró por razones 'ocultas, o extrañas, o por simple capricho o desviándose de sus propios fines'" (fls. 10-13, c. 2).

h. Original del oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994 –también demandado en el *sub judice*–, suscrito por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá, D.C., del siguiente tenor:

"Señor

LUIS EDUARDO LOPEZ LOPEZ

Gerente Compañía de Inversiones

y Proyectos COINVERPRO Ltda.

Ciudad

Apreciado señor:

Teniendo en cuenta lo resuelto en la Resolución No. 0089 del 23 de febrero de 1994, lo cual se confirmó mediante acto No. 0183 del 29 de marzo del mismo año, notificadas en debida forma, y encontrándose por tanto ejecutoriadas, comedidamente le solicito disponer lo conducente (sic) para la entrega del Coliseo Cubierto "El Campín".

Con el fin de lograr la restitución del Coliseo, que es un bien de uso público, se concede un término de tres días, contados a partir del recibo de la presente comunicación.

Cordialmente,

(Firmado)

CARLOS SOTOMONTE AMAYA

Director Ejecutivo (e)"(fl.13, c. 2)

i. Copia auténtica de la comunicación dirigida al Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, D.C., por parte del Gerente de Coinverpro Ltda., de fecha 11 de abril de 1994, mediante la cual, en respuesta al documento referido en la letra anterior en el presente apartado de este proveído, Coinverpro Ltda., manifestó que –en su criterio– el Coliseo El Campín no es un bien de uso público, sino un bien fiscal sometido al régimen de derecho común; que la Junta incurre en prevaricato por acción al disponer la restitución de dicho inmueble porque el requerimiento formulado en tal sentido es injusto e ilegal; que en el acto administrativo que dispuso la terminación del contrato no se invocó la causal legal que justifica la adopción de dicha medida; que resulta contradictoria la actitud de la entidad pública en mención al requerir la restitución del bien, cuando dicha determinación sólo procede como consecuencia de la terminación de un contrato de arrendamiento, no obstante lo cual la Junta entendió que el contrato realmente celebrado es de concesión y en ello fundamentó los correspondientes actos administrativos; como consecuencia de lo anterior, el Gerente de Coinverpro Ltda., solicitó a la entidad que se procediese a la liquidación conjunta del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la ley y al reconocimiento de las compensaciones e indemnizaciones a las cuales –a su juicio– la sociedad accionante en el *sub judice* tiene derecho (fls. 278-288, c. 2)

j. Copia auténtica del oficio número 804, de fecha 12 de abril de 1994, suscrito por el Director Ejecutivo de la entidad accionada y dirigido al Gerente de Coinverpro Ltda., mediante el cual se requirió nuevamente a la referida sociedad para que restituyera el coliseo El Campín, comunicación ésta en la cual se precisan y se insiste en los fundamentos normativos de la decisión por medio de la cual se dispuso la terminación unilateral del contrato por encontrarlo incurso en causal de nulidad absoluta y se advierte sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio que acompaña a actos administrativos como los demandados en el asunto *sub examine*, por virtud de lo normado en el artículo 64 del C.C.A. (fls. 276- 277, c. 2).

k. Copia auténtica del documento intitulado "ACTA DE ENTREGA DEL COLISEO CUBIERTO EL CAMPIN POR LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO, A LA JUNTA

ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ, D.C." (mayúsculas sostenidas en el documento original), en el cual puede leerse lo siguiente:

"En Santafé de Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en representación del Director Ejecutivo (E) y representante legal de la JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE SANTA FE DE BOGOTA, se hicieron presentes en las instalaciones del Coliseo Cubierto El Campín, los doctores RAMIRO MOJICA GARCIA, Jefe de la División de Administración y Finanzas, FEDERICO LOPEZ ASCENCIO, Jefe de la Oficina Jurídica, y los señores ÁLVARO LÓPEZ, Coordinador de Inventarios y WILLIAM MELGAREJO, Instructor, con el fin de recibir los funcionarios mencionados, el Coliseo Cubierto El Campín, en cumplimiento a lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 0089 del 23 de febrero de 1994 y 0183 del 29 de marzo del mismo año, recibo de las instalaciones que no se efectuó por lo siguiente:

En estado (sic) de la diligencia interviene la Dra., LUZ MARY SANDOVAL ROJAS (...), quien actúa en representación de COINVERPRO LTDA., en virtud del poder conferido por el Representante Legal Dr. LUIS EDUARDO LÓPEZ LOPEZ quien se encuentra presente y lo otorgó verbalmente (...) y en uso de la palabra manifestó la apoderada, solicito con todo respeto, a los señores funcionarios que representan la Junta Administradora de Deportes de Bogotá, un plazo no menor de treinta (30) días y si es posible superior, para hacer la entrega del bien objeto del contrato de arrendamiento suscrito entre COINVERPRO LTDA., Y LA JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE SANTA FE DE BOGOTÁ, contrato 002 de enero 7 de 1994, con fundamento en las siguientes consideraciones: la firma arrendataria COINVERPRO LTDA., ha celebrado hasta la fecha contratos por más de mil millones de pesos, con distintas entidades jurídicas y personas naturales como contratos de obra civil, de compra venta, de cuentas en participación, laborales, etc., contratos éstos que se realizaron con base en el contrato de arrendamiento referido anteriormente y que mi representada celebró de buena fe, como han podido observar los funcionarios de la Junta que se encuentra aquí presentes los equipos que tenemos en el Coliseo cuyo valor es millonario, trabajadores que están funcionando, con ocasión de los contratos antes citados, es imposible que en forma intespectiva (sic) y abrupta podamos proceder hacer (sic) la entrega de este bien sin que se generen aún más graves perjuicios de los ya causados con las resoluciones Nos. 089 del 23 de febrero de 1994, y 0183 del 29 de marzo de 1994, es por ello que en aras de que no se generen aún más graves perjuicios, reitero mi solicitud del plazo no menor de treinta (30) días hábiles para tal efecto, máxime teniendo en cuenta que la terminación del contrato en forma unilateral por parte de la JUNTA ADMINISTRADORA se ha dado por causas no imputables a mi representada COINVERPRO LTDA. La anterior solicitud la elevo haciendo uso del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 normatividad que se aplica para nuestro contrato y la cual obliga a las partes contratantes a solucionar en forma directa sus diferencias y discrepancias surgidas con ocasión de la actividad contractual, por ello es que reitero mi petición del plazo solicitado para restitución del bien objeto del contrato de arrendamiento 002 del 7 de enero de 1994. No siendo otro (se corrige) en estado (sic) de la diligencia interviene el Jefe de la Oficina Jurídica que la solicitud expuesta por la Dra. LUZ MARIA SANDOVAL ROJAS apoderada de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA., y en atención a que no tiene facultades para decidir, se someterá a la

decisión que para el efecto determinen (sic) el Director de la Junta Administradora Seccional de Deportes (...) No siendo otro el motivo de la presente diligencia se da por terminada y se firma por los que en ella intervinieron" (fls. 218-219, c. 2).

l. Copia auténtica del escrito dirigido por el apoderado de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá al Alcalde Menor de Teusaquillo, el día 23 de mayo de 1994, solicitando la restitución, mediante el procedimiento policivo correspondiente, del coliseo cubierto "El Campín" (fls. 220-223, c. 2).

m. Copia auténtica del memorial dirigido por el apoderado de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá al Alcalde Menor de Teusaquillo, el día 31 de agosto de 1994, mediante el cual se dice interponer el recurso de reposición en contra de la decisión adoptada por la Alcaldía menor en mención durante la diligencia convocada para el 24 de agosto de 1994, en el procedimiento policivo correspondiente, con el fin de llevar a cabo la restitución del coliseo "El Campín", decisión en virtud de la cual la Alcaldía –según se afirma en el documento en este lugar traído a colación– rehusó continuar adelante con el trámite policivo ante la oposición al mismo por parte de Coinverpro Ltda., y dejar a las partes en libertad de ocurrir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir el litigio; la impugnación referida se sustenta en que, en criterio de la Junta Administradora Seccional de Deportes, la Alcaldía menor no podía hacer cosa distinta que dar cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones demandadas en el presente proceso, revestidas de la presunción de legalidad en la medida en que no han sido suspendidas por el juez administrativo y son ejecutivas y ejecutorias en virtud de lo normado por el artículo 64 del C.C.A., sin que le estuviera dado a la autoridad policiva cuestionar dichos extremos sino, únicamente, acatar y hacer cumplir la orden impartida en las resoluciones proferidas por la entidad pública accionada en el *sub judice* (fls. 225-228, c. 2).

n. Copia auténtica del oficio número 2525, fechado el 25 de octubre de 1994, suscrito por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, D.C., y dirigido al Gerente de Coinverpro Ltda., comunicación en la cual su signatario expresa lo siguiente:

"Es de su pleno conocimiento que el señor Alcalde Local de Teusaquillo, contraviniendo claras disposiciones legales ha dejado de practicar la diligencia para la restitución del Coliseo El Campín, que ustedes retienen indebidamente desde el día en que les fue notificada la resolución por medio de la cual se declaró la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado para la explotación de ese bien de entidad pública.

Aunque ésta sea la decisión del Alcalde Local, lo único que supone es la negativa a ejecutar forzosamente una resolución que está en todos sus aspectos vigente y que no puede dejar de producir sus efectos.

Lo anterior valga para reiterarles que están ustedes ocupando indebidamente el Coliseo El Campín y que tendrán que responder por el abuso que están cometiendo y por los gravísimos perjuicios que con el mismo le están irrogando a Coldeportes y al pueblo de esta ciudad.

Para no ahondar más en este conflicto y no extender la gravedad de sus consecuencias, muy atentamente les solicitamos que reflexionando sobre la posición que han adoptado, se

avengan a la solución voluntaria del problema que han planteado, la cual necesariamente tiene que empezar por la restitución inmediata del Coliseo que ocupan contra todo derecho.

Nos suscribimos en la confianza de que este llamamiento a su cordura tendrá los resultados esperados y de que no insistirán en hacer más graves las consecuencias de su contumacia.

Atentamente,

CARLOS SOTOMONTE AMAYA.

Director" (fls. 229-230, c. 2).

Finalmente, precisa la Sala que los documentos que fueron allegados al expediente, por las partes o por terceras personas, en copia simple y de forma extemporánea por no haber sido aportados dentro del período probatorio –tampoco se había ordenado su aducción como pruebas mediante providencia proferida por el Magistrado Conductor del proceso en la primera instancia– y a los cuales se hizo referencia en el acápite del antecedente del presente proveído, en consideración a las anotadas circunstancias, no serán valorados en este pronunciamiento.

2.4 La naturaleza jurídica del bien objeto material del contrato N° 002 de 1994, suscrito entre las partes en el presente proceso.

Con el propósito de despejar este extremo de la litis la Sala se ocupará *(i)* de referir las diferentes clases de bienes públicos que prevé el ordenamiento jurídico colombiano, para a continuación abordar el examen relativo al *(ii)* tratamiento que en el régimen jurídico del Distrito Capital se dispensa a los bienes públicos destinados a la recreación y el deporte, de suerte que, con base en las conclusiones a las cuales se arribe en relación con estos dos aspectos, resulte posible precisar *(iii)* cuál es la naturaleza jurídica del bien objeto material del contrato cuya terminación unilateral se dispuso mediante los actos administrativos enjuiciados en el *sub judice*.

2.4.1 La clasificación de los bienes –públicos y privados– en el ordenamiento jurídico colombiano.

La regulación contenida tanto en la Constitución Política proferida en julio de 1991 como en la legislación civil, permite distinguir en el ordenamiento jurídico colombiano, genéricamente, dos clases de bienes, cada una de ellas sujeta a su propio régimen jurídico: bienes públicos y bienes privados; así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"Los bienes del Estado pueden ser: de dominio público o de dominio privado. Los bienes de dominio público se caracterizan porque su uso es público o están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales; los de dominio privado se equiparan a los de los particulares. Sólo la ley puede determinar cuáles bienes son de dominio público y cuáles de dominio privado".

Algún sector de la doctrina, especialmente la civilista, cuando se refiere a la referida tipología de los bienes que los distingue entre públicos y privados, utiliza como criterio

diferenciador entre las dos clases la *titularidad* de los mismos, es decir, parte de determinar quién ostenta la calidad de señor y dueño sobre un determinado bien para conferirle a éste su naturaleza jurídica, por manera que se catalogan como privados aquellos cuyo dominio se encuentra en cabeza de un particular, mientras que respecto de aquellos cuya titularidad pertenece al Estado se predica la condición de públicos; sin embargo, el anterior criterio no es el único que se utiliza para clasificar la naturaleza jurídica de los bienes, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano es factible que un bien cuya titularidad pertenece a un particular, se encuentre *afectado* a un uso público, circunstancia que conlleva una limitación en el derecho de dominio respecto de dicho bien.

Lo dicho no implica que el criterio que ha de prevalecer para determinar la naturaleza jurídica de los bienes sea el de la afectación de los mismos, pues tampoco puede soslayarse la importancia del principio que ha dado en denominarse como el de *dominio eminente*, en virtud del cual la Nación, en cuanto titular y a través del Estado –por conducto de las autoridades nacionales o de las de sus entidades territoriales–, ejecuta actos de soberanía respecto de algunos de esos bienes públicos –en vez de actos de dominio sobre los mismos–, traducidos en el ejercicio de una verdadera potestad regulatoria respecto de su manejo y de las garantías que deben acompañarles. En el anterior orden de ideas, dentro de la categoría de los bienes públicos debe darse cuenta de (i) aquellos *bienes de la Nación* –criterio de la titularidad– en relación con los cuales la misma ejerce una relación de soberanía o de dominio eminente y de (ii) aquellos bienes de *dominio público* –criterio de la afectación– respecto de los cuales se tiene en cuenta la finalidad pública a la que los mismos tienen la vocación de servir y que constituyen un género dentro del cual pueden ser identificadas varias especies, como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional:

"2. Clases de nexos entre un bien y un titular en la Constitución de Colombia de 1991.

En el contexto de la Constitución de 1991 la propiedad está protegida y garantizada junto con los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

La Carta distingue tres clases de propiedad: privada, estatal y pública. A continuación se analiza cada una de ellas.

(...)

a. Bienes de dominio privado.

El artículo 58 de la Constitución establece que se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

(...)

b. Bienes del Estado.

(...)

El artículo 102 de la Constitución al referirse al territorio y a "los bienes públicos que de él forman parte", para señalar que pertenecen a "la Nación", consagra el llamado dominio

eminente: el Estado no es titular del territorio en el sentido de ser "dueño" de él, sino en el sentido de ejercer soberanía sobre él.

(...)

c. Bienes de dominio público.

Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público.

Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concorra el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público.

La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983.

c.1. Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional.

Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico.

En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989).

c.2. Bienes afectados al uso público.

Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales.

La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la ley 9 de 1.984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales.

(...)

c.3. Bienes afectados al espacio público.

La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9 de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes,

sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste" (negritas en el texto original; subrayas fuera de él).

No obstante lo anterior, de manera muy temprana el Código Civil había introducido ya una clasificación de los bienes públicos de acuerdo con la cual resulta necesario distinguir entre los bienes de uso público, de un lado y los bienes fiscales, de otro, teniendo en cuenta, además, que entre éstos últimos pueden identificarse, a su turno, dos modalidades específicas cuales son los bienes fiscales propiamente tales y los bienes fiscales adjudicables; la primigenia distinción referida se sustenta en lo normado por el artículo 674 del mencionado cuerpo normativo, a cuyo tenor:

"Artículo 674. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

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

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

Los *bienes fiscales* son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de un bien de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio; de esta categoría de bienes de dominio público es preciso destacar, como rasgos que les distinguen, el carácter de embargables y de enajenables, toda vez que su régimen jurídico resulta similar al que el ordenamiento jurídico dispensa a la propiedad privada o particular, como en otras ocasiones lo ha sostenido la Sala:

"Los bienes patrimoniales o fiscales o bienes propiamente estatales, son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y que, por lo general, están destinados a la prestación de las funciones públicas o de los servicios públicos; también pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. La disposición del estatuto civil antes citada los define como aquellos cuyo dominio corresponde a la República, pero "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes". El Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad".

Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles. Tales características permiten diferenciarlos con claridad de los bienes de uso público, tal

como igualmente lo han hecho en otras ocasiones tanto esta Sala como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende de los siguientes pronunciamientos:

"Ahora que, si bien es cierto existe alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, comoquiera que ambas categorías forman parte de los bienes públicos y su afectación propende por el desarrollo de los principios y fines del Estado, es claro que se diferencian fundamentalmente por los derechos que se detentan sobre los mismos y por la posición de la comunidad frente a ellos.

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

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

A su vez, en similar dirección, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

"Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles "mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija".

Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone, se encuentra: el **usus**, no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el **fructus**, no existe, en tesis general, y el **abusus** tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad sino "un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común". En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio **sui generis**" (negritas en el texto original; subrayas y cursivas fuera de él).

La referida comparación conduce a realizar una sucinta alusión al régimen jurídico propio de los *bienes de uso público*, asunto del cual se ha ocupado en diversas ocasiones esta Sala

para señalar, con carácter general, que los aludidos bienes son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado –o, en estricto sentido, a la Nación, según se verá– y cuya afectación o destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio, propósito éste en virtud del cual las entidades responsables de su manejo ejercen unas potestades de regulación, administración, control y vigilancia que lejos de permitir la asimilación entre la propiedad privada y la titularidad que ostentan respecto de dichos bienes, apunta, exclusivamente, a propender porque se respete y se garantice el destino –natural o jurídico– de los mismos, que no es otro que el de servir a su utilización, en las condiciones que se correspondan con la naturaleza del bien y con la razonable y proporcionada reglamentación que su adecuado uso determinen, por parte de la colectividad, que es su verdadera titular, a través de la Nación, como expresamente lo establece, actualmente, la Carta Política, de lo cual ha tomado atenta nota la jurisprudencia:

"A nivel doctrinario existe una interesante discusión sobre la titularidad de los bienes de uso público, pues, en tanto unos sostienen que su propietario es el Estado, otros pregonan que su titular es el pueblo. Al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

"Bienes afectados al Uso Público. Se encuentran en cabeza del Estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad.

'Estos bienes no son res nullius, pero respecto de su titularidad existen dos teorías que vale la pena destacar. Para algunos teóricos, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Esta posición es la que acoge el artículo 674 del Código Civil, los define como aquellos bienes cuyo "dominio pertenece a la República" y el "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...". Este listado meramente enunciativo se complementa con varias normas, entre las cuales se encuentra la disposición contenida en el artículo 116 del Decreto 2324 de 1984 donde define como bienes de uso público las playas, terrenos de baja mar y las aguas marinas.

'La segunda teoría es acogida por varios doctrinantes (entre los cuales se destaca Bielsa, Marienhoff, José J. Gómez) quienes consideran que el titular de estos bienes es la colectividad o el pueblo, de suerte que el Estado ejerce únicamente la administración a través de su poder administrativo regulador y reglamentario".

La actual Carta Política, superando la controversia doctrinaria, define claramente el titular del derecho de dominio de los bienes públicos (entre los que se encuentran los afectados al uso público), al prescribir:

'Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación" (subrayas en el texto original).

Como corolario de lo anterior, recae sobre el Estado, a través de sus distintas entidades, en su condición de gestoras –que no de titulares, como acaba de precisarse– de los bienes de uso público, la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a dichos bienes, exigencia que alcanza raigambre constitucional en la medida en que el artículo 82

superior impone al Estado el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público –dentro del cual, como a continuación se detallará, el derecho positivo nacional ha tenido a bien incluir a los bienes de uso público– y porque se garantice su destinación al uso común, el cual está llamado a prevalecer sobre el interés particular. Tales consideraciones determinan que la condición de uso público de un bien repugne con el establecimiento de derechos exclusivos, en relación con el mismo, en beneficio de un exclusivo titular –sea éste de naturaleza pública o privada– distinto de la Nación, a voces de lo normado por el artículo 102 de la Carta; así lo ha entendido categórica y rotunda, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"El poder jurídico que a las entidades de derecho público corresponde en esta especie de bienes, es un derecho de singular sustancia, porque no es de propiedad –que define el artículo 669 del C.C.– ya que de tal poder no podrían predicarse los elementos constitutivos ni los atributos que integran y distinguen la propiedad. **El destino común, esencial en los bienes de uso público, se opone a la movilidad jurídica característica de aquellos sobre los cuales recae el dominio, y es además incompatible con la presencia de un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto de un titular.** Por ello se habla con más exactitud de una potestad administradora o supervigilante sobre ellos, en manos de las entidades de derecho público a fin de que esos bienes realicen de la mejor manera y en la mayor amplitud posible el objetivo social que les está encomendado de servir a todo el mundo, sin discriminaciones" (énfasis añadido).

En consonancia con cuanto se viene exponiendo, la Constitución Política de 1991, con el fin de proteger los bienes de uso público y de dotar a los encargados de su administración y manejo de fundamentos jurídicos en los cuales sustentar su gestión encaminada a procurar que se alcance el destino constitucionalmente asignado a dichos bienes –su uso por parte de la comunidad–, decidió revestirlos de las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 63 superior; por intermedio de las referidas tres garantías o condiciones inherentes a este tipo de bienes se pretende que los mismos queden por fuera del comercio (*inalienabilidad*); que no puedan constituirse en objeto material de medidas cautelares adoptadas en procesos judiciales (*inembargabilidad*) y que no sean susceptibles de adquirir por usucapión (*imprescriptibilidad*). Así lo ha indicado, igualmente, tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa, al definir los rasgos característicos de tales clases de bienes:

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

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

c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados,

es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados".

A las anotadas tres fundamentales garantías jurídicas constitucionalmente instituidas en relación con los bienes de uso público –y, como no podría ser de otro modo, en beneficio de la titular de los mismos, vale decir, de la colectividad entera representada en la Nación– debe añadirse la igualmente importante, aunque de estirpe legal, consagrada en el artículo 6 de la Ley 9ª de 1989, por virtud de la cual el destino de los bienes de uso público sólo puede ser variado por los concejos municipales y distritales, a iniciativa de los respectivos alcaldes, bajo la condición de que sean canjeados por otros bienes de características similares; consecuentemente con el referido postulado, esta Sala ha remarcado la importancia de precisar que los negocios que llegaren a realizar las entidades públicas responsables del manejo de los bienes de uso público –y que solamente en consideración a dicha responsabilidad los incluyen en su patrimonio–, no varían la naturaleza de los mismos, pues sólo los entes mencionados se encuentran normativamente autorizados para mutar la naturaleza de tales bienes, previa observancia de las exigencias tanto sustanciales como procedimentales establecidas en la ley para tal efecto:

"La sola circunstancia de que dicho inmueble haga parte del patrimonio del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, no muta su naturaleza de bien de uso público a bien fiscal, pues tal inclusión simplemente traduce en que el bien forma parte de los bienes distritales que compete administrar al citado Instituto. Se advierte igualmente que su característica fundamental, el uso público, sólo se excluye mediante la desafectación del bien, en los términos dispuestos por las normas pertinentes.

(...)

Se precisa también que la sola circunstancia de que un bien público sea objeto de un negocio jurídico, no cambia su naturaleza, ni lo incorpora en el comercio de los bienes.

Así lo explicó Marienhoff: 'el acto administrativo que directamente dispusiere la venta de una cosa de dominio público, no traduce en una desafectación tácita de esa cosa, sino en un acto ilegítimo. No es posible atribuirle a semejante venta efectos de desafectación implícita, por cuanto la desafectación, como tal supone un acto lícito, en tanto que la venta en cuestión constituye un acto ilegítimo, ya que los bienes que están fuera del comercio ... no pueden ser objeto de enajenaciones o ventas'" (subrayas fuera del texto original).

La caracterización que de los bienes de uso público se acaba de exponer constituye el sustrato conceptual y principalístico subyacente a la regulación y al tratamiento que en el derecho positivo nacional se ha dado a este tipo de bienes y a las responsabilidades radicadas en cabeza de las autoridades públicas que, con el propósito de gestionarlos, administrarlos y reglamentar su utilización de conformidad con su singular propósito, los incluyen en sus patrimonios. La primera norma de rango legal en la cual se encuadra a los bienes de uso público como componentes del espacio público y se atribuyen responsabilidades a las autoridades encargadas de su protección y regulación es la La Ley 9ª de 1989, "[P]or la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones", cuerpo normativo del cual interesa

especialmente, para los efectos del asunto *sub examine*, lo previsto en sus artículos 5, 6 y 7, del siguiente tenor literal:

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

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

Artículo 6. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.

Artículo 7. Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores" (subraya la Sala).

Los referidos preceptos reiteran, en considerable medida, la regulación que respecto de los bienes de uso público se encontraba contenida en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, precepto que la letra señala lo siguiente:

"Artículo 166. Bienes de uso público: las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo".

Por su parte, la Ley 388 de 1997, modificatoria de la Ley 9 de 1989, reitera la importancia de la gestión de las autoridades públicas competentes en la gestión del espacio público, al

incluir el correcto manejo y uso del mismo como uno de los principios que informa la función urbanística:

"Ley 388 de 1997, artículo 3º. Función pública del urbanismo. El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines:

1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios".

No obstante la claridad de los desarrollos tanto normativos como jurisprudenciales hasta ahora anotados, es el Decreto 1504 de 1998, "[P]or el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial", el conjunto normativo que de mejor manera recoge las previsiones relacionadas con la naturaleza jurídica, las características y la atribución de responsabilidades en el manejo de los bienes de uso público, como especies del género o elementos integrantes de la más amplia categoría conceptual que es la de *espacio público*; del mencionado cuerpo normativo se transcriben a continuación aquellos de sus preceptos que resultan de interés en relación con las cuestiones de las cuales se ha ocupado y habrá de ocuparse la Sala en el presente proveído:

"Artículo 1º. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo. Los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.

Artículo 2º. El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Artículo 3º.- El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;

Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;

Las áreas requeridas por la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto.

Artículo 4º. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público no podrá ser variado sino por los Concejos Municipales o Distritales a través de los planes de ordenamiento territorial o de los instrumentos que los desarrollen aprobados por la autoridad competente, siempre que sean sustituidos por otros de características y

dimensiones equivalente o superiores. La sustitución debe efectuarse atendiendo criterios, entre otros, de calidad, accesibilidad y localización.

Artículo 5º. El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios:

I. Elementos constitutivos

(...)

1) Elementos constitutivos naturales:

(...)

2) Elementos constitutivos artificiales o construidos:

b. Áreas articuladoras de espacio público y de encuentro, tales como: parques urbanos, zonas de cesión gratuita al municipio o distrito, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, escenarios culturales y de espectáculos al aire libre;

Artículo 18º. Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que impida a la ciudadanía su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.

Artículo 19º. En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular".

Todo lo hasta ahora expresado evidencia que el concepto de espacio público descrito en el Código Civil colombiano tiene hoy connotaciones y alcances que superan la clásica referencia que en el mencionado cuerpo normativo se efectúa a las calles, plazas, puentes y caminos, de suerte tal que la noción en comento se ha ampliado en la época actual comprende, de forma más general y abstracta, todos aquellos bienes públicos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, en virtud del explicado contenido de la idea de *afectación al uso público*; contemporáneamente, por tanto, resulta viable sostener que si bien es cierto en el sistema jurídico colombiano la tradicional clasificación de los bienes públicos –que distingue entre fiscales y de uso público– sigue teniendo vigencia, no es menos cierto que después de la expedición de la Constitución Política en 1991 dicha tipología parece resultar insuficiente para reflejar el amplio panorama que ofrece el manejo de los bienes públicos, panorama en el cual debe darse noticia de la existencia de modalidades de bienes que, por la singularidad de sus características, no siempre resulta sencillo encuadrar en las conceptualizaciones tradicionales, cosa que ocurre, por vía de ejemplo, con el patrimonio histórico y cultural, con las tierras de resguardo y con el segmento del espectro electromagnético; en este sentido, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

"El concepto de espacio público, conceptualmente ya no es el mismo de antaño, limitado a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes y caminos), según la legislación civil, sino que es mucho más comprensivo, en el sentido de que comprende en general la destinación de todo inmueble bien sea público o privado al uso o a la utilización colectiva, convirtiéndose de este modo en un bien social".

Sea de lo anterior lo que fuere y sin soslayar la trascendencia que la anterior reflexión –como se verá– reviste de cara al análisis que, a continuación, se llevará a cabo respecto de la naturaleza jurídica del coliseo cubierto "El Campín", para concluir el presente apartado bien merece la pena señalar que si de sintetizar cuáles son los rasgos fundamentales de los bienes de uso público se trata, resulta menester poner de presente que deberá catalogarse como de uso público todo bien de dominio público: (i) que se caracterice por su afectación a una finalidad pública o, en otros términos, porque su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general que deben prevalecer respecto de intereses individuales; (ii) cuya titularidad corresponde a la Nación, la cual se sirve, para gestionarlos, de las entidades estatales competentes que ejercen –respecto de tales bienes– facultades especiales de administración, regulación, vigilancia y control, que no pueden equipararse conceptualmente a los elementos que integran la noción de propiedad privada, comoquiera que la naturaleza de tales bienes excluye la configuración, el reconocimiento o la atribución, respecto de ellos, de derechos exclusivos, reales, plenos y absolutos en favor de persona alguna; (iii) cuyo régimen jurídico se encuentre desarrollado, con carácter general, por la Constitución o por la ley, las cuales les atribuyen (iv) una serie de privilegios y garantías orientadas a materializar su vocación de destino al uso común, tales como la inalienabilidad, la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la imposibilidad jurídica de desafectarlos sin la observancia plena y previa de los procedimientos y de los requisitos exigidos en la ley.

2.4.2 El régimen jurídico aplicable a los bienes destinados a la recreación y el deporte en el Distrito Capital.

Mediante el Decreto-Ley 1421 de 1993 se expidió el régimen jurídico especial para el Distrito Capital de Bogotá, en desarrollo de las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, conjunto normativo aquél que, entre muchas otras materias, se ocupó de introducir algunas previsiones en punto a las entidades a las cuales corresponde promover la recreación y el deporte en la ciudad y, asimismo, de establecer algunos parámetros respecto del manejo de los bienes a cargo de las referidas instituciones; tal es el asunto del cual se ocupa el artículo 174 del referido Decreto-Ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 174. Recreación y Deporte. El Distrito y sus entidades descentralizadas podrán constituir sociedades de economía mixta u otras entidades asociativas que tengan por objeto construir y administrar escenarios que brinden recreación masiva y faciliten la práctica de los deportes o establecimientos e instalaciones complementarios de los anteriores. El aporte del Distrito y sus entidades descentralizadas para los efectos aquí previstos podrán ser los bienes fiscales de su propiedad, incluidos los que hubiere recibido a título de donación o legado. Para estos mismos efectos, dichos bienes podrán ser dados en arrendamiento. Igualmente podrá contratar con entidades idóneas la construcción,

administración y mantenimiento de este tipo de instalaciones. Dichas entidades podrán cobrar cuotas de administración a los usuarios.

Los recursos o utilidades que el Distrito y sus entidades perciban por su participación en las sociedades a que se refiere este artículo, se destinarán a la promoción del deporte y a la recreación masiva y a la construcción de la infraestructura que cumpla dichos propósitos" (subrayas fuera del texto original).

La disposición transcrita fue reglamentada por el Decreto Nacional 2537 de 1993, de la siguiente manera:

"Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto-ley 1421 de 1993, el Distrito Capital o sus entidades descentralizadas podrán entregar en arrendamiento o administración los bienes de su propiedad que estén destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte, siempre que el Contratista asegure su cuidado y mantenimiento y su destinación a los mismos propósitos. También podrá convenirse con el Contratista la construcción y manejo en dichos bienes de instalaciones, escenarios y equipos que cumplan fines culturales, recreativos o deportivos.

Lo preceptuado en este artículo también es aplicable a los bienes que el Distrito o sus entidades descentralizadas posean, administren o manejen a cualquier otro título y que estén destinados a los objetivos o propósitos antes citados, siempre y cuando no lo impidan los actos en virtud de los cuales el Distrito o sus entidades posean, administren o manejen dichos bienes.

Artículo 2º. Los recursos, utilidades o participaciones que generen los contratos a que se refiere el artículo anterior se invertirán por el Distrito o sus entidades descentralizadas, según el caso, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 174 del Decreto-ley 1421 de 1993" (subraya la Sala).

El referido Decreto 2537 de 1993 fue demandado en acción de nulidad ante esta Corporación, por considerar el entonces accionante que el acto administrativo general en cuestión vulnera lo dispuesto por los artículos 63 y 82 de la Constitución Política, en relación con las características y el manejo que resulta constitucionalmente admisible respecto de los bienes de uso público destinados a la recreación y el deporte. Sin embargo, al pronunciamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado mediante el cual se falló el correspondiente proceso, así como a los desarrollos jurisprudenciales de la Sección Tercera en relación con este mismo extremo, se hará referencia en posterior acápite dentro del presente proveído.

Baste, por el momento, con reseñar que, en cuanto tiene que ver con el manejo de los bienes de uso público en general y de los destinados a la recreación y el deporte, en particular, en el Distrito Capital el Acuerdo No. 6 de 1990, "[P]or medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones" –norma vigente en esta materia al momento de la celebración del contrato que se encuentra en el origen de la controversia que mediante el presente pronunciamiento se dirime–, se ocupó de

regular diversos aspectos relacionados con la identificación, características y régimen jurídico de este tipo de bienes, a través de los preceptos que se transcriben a continuación:

"Artículo 69. Uso público. Son de uso público aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, fuentes y caminos y en general todos los inmuebles públicos destinados al uso o disfrute colectivo.

También pueden ser destinados al uso y disfrute colectivos elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles del dominio privado, en los que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente.

Unos y otros son parte de los inmuebles públicos y de los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, que conforman el Espacio Público.

Artículo 70. Espacio público. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses privados de los habitantes.

Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad y en general por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente, y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

Artículo 76. Variación del destino de los bienes de uso público. Los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas podrán ser destinados para usos distintos del uso público y su enajenación podrá ser autorizada, mediante acuerdo del Concejo Distrital, en el cual se proveerá lo pertinente para que se opere el canje al que se refiere el Inciso 1 del Artículo 6 de la Ley 9 de 1989.

Artículo 86. Recreación Pública. La recreación puede ser activa o pasiva. La primera requiere de una viabilidad específica de las estructuras para albergar a los usuarios. La segunda demanda viabilidad de las estructuras para fines estéticos, paisajísticos, ornamentales y ambientales.

La recreación pública bajo cualquiera de estas dos formas, es una manifestación del uso y disfrute colectivos.

Tanto las zonas que se destinen para la recreación pasiva como las que se destinen para la recreación activa, forman parte del Espacio Público.

Artículo 87. Bienes de uso público integrantes del espacio público recreativo. Entre los bienes de uso público que forman parte del Espacio Público recreativo, se distinguen dos clases:

a. Aquellos en los que el uso recreativo, bajo las formas de recreación activa, es principal o complementario.

El uso recreativo público, en formas activas de recreación, está supeditado a la conservación de los elementos naturales del ambiente y del paisaje y a la viabilidad de las estructuras y edificaciones destinadas a la recreación popular.

b. Aquellos que se excluyen del uso público como forma activa de recreación, porque cumplen una finalidad exclusivamente ornamental, ambiental o paisajística.

Artículo 88. Bienes de uso público destinados a la recreación activa. Son bienes recreativos de uso público para la recreación activa como uso principal, entre otros, los siguientes:

1ª Los parques públicos en los que el uso recreativo como forma activa de recreación pública se asigna como principal.

(...)

3º Las áreas y edificaciones a cargo del Distrito Especial de Bogotá destinadas a la recreación pública.

4º Las demás áreas y edificaciones de propiedad estatal destinadas a la recreación pública.

Artículo 90. Administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las zonas recreativas de uso público. Las entidades a cuyo cargo estén las zonas recreativas de uso público, podrán contratar la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las zonas recreativas de uso público, en los términos del Inciso 1º del Artículo 7 de la Ley 9 de 1989, con sujeción a las formas y requisitos de contratación a que estén sometidas y dentro del contexto de los contratos de derecho privado de la Administración, salvo que la Administración expresamente opte por acogerse al contrato administrativo de concesión.

Los contratos de que trata el inciso anterior requerirán concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en el sentido de que se ajustan a los planes y programas adoptados conforme al presente Acuerdo, a las políticas de desarrollo urbano y a las reglamentaciones urbanísticas" (subraya la Sala).

Debe la Sala advertir que si bien no se allegó al expediente copia auténtica de los actos administrativos generales de alcance distrital a los cuales se acaba de hacer alusión, en los términos previstos en los artículos 188 del C. de P.C. y 141 del C.C.A., los referidos conjuntos normativos pueden ser consultados libremente en la página web de la Alcaldía Mayor de Bogotá, razón por la cual *deben* ser tenidos en consideración por el Juez al momento de fallar, comoquiera que los avances de las nuevas Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones ("TICS") ponen a disposición del operador jurídico diversos elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial, con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales, como lo ha

reconocido, sin ambages, tanto el derecho positivo nacional como la jurisprudencia de esta Sección, en pronunciamiento cuyos principales apartes se transcriben, *in extenso*, a continuación, en lo pertinente, atendidas las circunstancias del asunto *sub examine*:

"Valor de los documentos electrónicos o mensajes de datos que contienen actos administrativos generales expedidos por la Administración Pública.

Es cierto que, la regla general, es que las normas jurídicas no son tema de prueba, pues el objeto de la prueba judicial son los hechos, esto es, la realidad fáctica: hechos de la naturaleza o con intervención del hombre, actos o conductas voluntarias o involuntarias del mismo, sucesos, acontecimientos, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron o se estén presentado o las motivaciones de la actuación, según el caso; de ahí que, en el proceso, impere aún el aforismo latino "*da mihi factum ego tibi jus*": dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos (artículo 177 del C. de P. Civil) y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia.

No obstante, en nuestra legislación se exceptuó de la citada regla las normas jurídicas escritas de alcance no nacional o con vigencia local o seccional, cuando en el inciso primero del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, se estableció:

"ARTÍCULO 188. NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL Y LEYES EXTRANJERAS. (Artículo modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989). El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte..."

Y en forma concordante el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, señaló:

"ARTICULO 141. NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente."

En consecuencia, según las disposiciones procesales transcritas, en el proceso debe aparecer el texto legal que contenga la norma de alcance no nacional debidamente autenticada a cargo de la parte que le interesa que sea considerada en la sentencia o ser aducida por el juez de oficio, lo cual, como se anotó, constituye una excepción a la regla de que el derecho no es materia de prueba, exigencia que en sus orígenes quizás encontró justificación por la dificultad que representaba la publicidad y acceso de dicha normativa dada las deficiencias en materia de comunicación y de herramientas en el intercambio seguro, fiable, íntegro y ágil de la información, lo cual limitaba ostensiblemente el conocimiento por parte de los operadores jurídicos y de los jueces de las diversas, múltiples y variadas normas del orden territorial departamental y municipal (ordenanzas

departamentales y acuerdos municipales) proferidos por las corporaciones administrativas competentes (Asambleas Departamentales y Concejos Municipales).

Sin embargo, no es menos cierto que en la actualidad los avances tecnológicos y de las comunicaciones han permitido el intercambio electrónico de informaciones y otros medios de comunicación de datos en forma confiable y rápida a través de mecanismos y herramientas telemáticas y electrónicas que se constituyen en alternativas válidas y sustitutas de los habituales documentos de papel y que han facilitado la difusión del conocimiento en todos los órdenes de la sociedad, el intercambio de datos y el surgimiento de relaciones dentro del tráfico jurídico y comercial, tendencia de la cual no ha escapado el mundo del derecho y la publicidad en torno a las fuentes formales del mismo, esto es, la ley o norma jurídica, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre.

Es por ello que la tecnología se encuentra al servicio de la administración de justicia, en las voces del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia:

"ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

"Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

"Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

"Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.." (Subraya la Sala).

Es decir, de acuerdo con la norma transcrita las autoridades judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones, y los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

(...)

Bajo esta misma orientación y con idéntico ánimo del Legislador de adecuar y poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos propios de la denominada "sociedad de la información", se expidió la Ley 962 de 8 de julio de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los

organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

En el artículo 6 de esta ley se ordenó a los organismos y entidades de la Administración Pública la utilización de medios tecnológicos o documentos electrónicos para atender los trámites y procedimientos de su competencia, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, actividad que se debe regir por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad de la información. Igualmente, para fines de control social y de cumplimiento de los fines de la función administrativa (art 209 C.P y 3 del C.C.A.), se dispuso en el artículo 8 de la citada ley que las entidades públicas de la Administración debían colocar a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos, la información institucional debidamente actualizada y relacionada con sus normas básicas de competencia, funciones, servicios, regulaciones, procedimientos, trámites, proyectos específicos de regulación y actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad.

De otra parte, en virtud del artículo 7 de la Ley 962 de 2005, se estatuyó la validez de la publicidad electrónica de actos generales emitidos por la Administración Pública, para lo cual las entidades públicas que la integran en todos su órdenes (nacional, departamental y municipal) pues la norma no hace distinción, están en la obligación de poner a disposición del público las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, a través de medios electrónicos -como por ejemplo el Internet-, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial -o entiéndase la obligación legal de hacerlo en su equivalente en los otros órdenes-, y "*...[l]as reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento...*", según puntualiza su inciso segundo.

Por consiguiente, de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, resulta claro que las reproducciones efectuadas de las normas de carácter territorial seccional o local (*estricto sensu*: actos administrativos de carácter general) que se encuentren a disposición del público en Internet como documentos electrónicos en su modalidad de mensaje de datos dentro de las páginas institucionales de las entidades públicas de las administraciones departamentales o municipales se reputan auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto, régimen que interpretado armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999, permite colegir que es un medio admisible, eficaz, válido y con fuerza obligatoria para demostrar el contenido del texto de aquél tipo de disposiciones jurídicas de alcance no nacional y con el cual se satisface la exigencia prevista en los artículos 188 del C. de P. Civil y el 141 del C.C.A. respecto de su aducción al proceso para efectos de aplicación por parte del juez, quien así privilegiará el principio contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial".

En conclusión, para la Sala la información almacenada como mensajes de datos en las páginas institucionales de las entidades públicas a disposición del público en la red de Internet relacionada con los actos administrativos de carácter general, se califican como auténticos para todos los efectos legales, incluyendo, por supuesto, los judiciales, de manera que el Juez puede acudir a su consulta y tenerlos en cuenta con el fin de aplicar el derecho que emana de ellos al caso concreto materia de conocimiento, para lo cual se requiere que en la reproducción de su contenido en la providencia o sentencia respectiva no se altere su contenido y la información obtenida pueda ser accesible para su posterior consulta" (negritas, subrayas y cursivas en el texto original).

2.4.3 La naturaleza jurídica del Coliseo Cubierto Luis Camacho Matiz "El Campín".

Con base en los planteamientos efectuados, procederá la Sala a precisar cuál es la naturaleza jurídica del inmueble objeto material del contrato número 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente encuadernamiento, teniendo en cuenta que alcanzar la claridad en torno a dicho extremo resulta cardinal a efectos de desatar la litis comoquiera que, de un lado, ello reviste capital incidencia de cara a la identificación de la naturaleza del negocio jurídico en cuestión, asunto en relación con el cual el fallo apelado, de manera escueta y sin arribar a conclusión alguna respecto del punto en comento, determinó que dicho negocio realmente *"fue una concesión de servicio público y no un arrendamiento, pues el bien entregado, el coliseo cubierto de El Campín, con independencia de su condición de uso público o fiscal, está destinado a un servicio de tal naturaleza como es el de la recreación de los habitantes del Distrito Capital"*.

Y, de otra parte, no puede perderse de vista que la parte actora ha señalado insistentemente, a lo largo del proceso, que ningún cuestionamiento cabe formular en torno a la validez del aludido vínculo contractual, toda vez que –a su entender– el mismo ha recaído en un bien fiscal de propiedad de la entidad accionada y no en un bien de uso público de aquellos cuyo disfrute pertenece a todos los habitantes de un territorio –como el de las calles, plazas, puentes y caminos, a voces de lo normado en el artículo 674 del Código Civil–, sino que, tratándose del coliseo "El Campín", considera la sociedad accionante que *"los habitantes del Distrito Capital no pueden transitar por él u ocuparlo o gozarlo libremente, cuando les dé la gana, sino cuando hay espectáculos y eso pagando. No puede confundirse con la calle, con el puente, con el camino o con la plaza, que todos podemos usar libremente, cuantas veces nos dé la gana"*, más aún habida cuenta de que –en criterio de la sociedad apelante– en el fallo impugnado se asevera, equivocadamente, que el coliseo de marras fue entregado a Coinverpro Ltda., para la realización de actividades necesarias al buen funcionamiento de ese bien de uso público, cuando lo cierto es *"que no es bien de uso público y no puede confundirse como lo hace el fallador LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS AL PÚBLICO CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. Un supermercado particular presta servicios al público pero no presta servicios públicos"* (fls. 161-167, c. 1).

Sostiene la sociedad apelante, entonces, que el coliseo cubierto Luis Camacho Matiz "El Campín" constituye un bien fiscal en consideración a que los ciudadanos no pueden acceder a él o transitar libremente por sus instalaciones, como si se tratase de uno de los bienes que, a título ilustrativo, enuncia el artículo 674 del Código Civil, más aún si se toma en

consideración que dicho acceso o tránsito por las instalaciones del coliseo no es gratuito sino que se encuentra sometido al pago de una suma de dinero.

Pues bien, se indicó en los dos acápites inmediatamente precedentes que los bienes fiscales son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de un bien de propiedad particular –les distinguen, por tanto, el carácter de embargables y de enajenables–, razón por la cual se encuentran dentro del comercio y se destinan, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio a su cargo, todo lo cual complementa la expresa previsión contenida en el artículo 674 del Código Civil en el sentido de que el dominio de estos bienes corresponde a la República, pero *"cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes"*, de suerte que el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que prevea el derecho común respecto del tipo de bien del cual se trate.

A su turno, en punto de los bienes de uso público se concluyó ya que la referencia que a los mismos efectúa el Código Civil colombiano tiene hoy una connotación y unos alcances que superan la clásica alusión que en el artículo 674 de dicho Estatuto se efectúa a las calles, plazas, puentes y caminos, por manera que la noción en comento se ha ampliado y contemporáneamente comprende, de forma más general y abstracta, todos aquellos bienes públicos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, en virtud de la idea o principio de *afectación al uso público*, mismo que no supone nada distinto a que el uso y goce del bien pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general que deben prevalecer respecto de intereses individuales, propósito para cuya satisfacción la Constitución o la ley atribuyen a tal tipo de bienes una serie de privilegios y de garantías orientados a materializar su vocación de destino al uso común –inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad e imposibilidad jurídica de desafectación sin el agotamiento de los procedimientos y sin el lleno de los requisitos a tal efecto exigidos en la ley–.

Lo expuesto conduce inexorablemente a preguntar por la destinación jurídica propia del coliseo "El Campín", con el propósito de identificar su naturaleza, esto es, cuestionar si la razón de ser de la existencia de las instalaciones de dicho inmueble es el funcionamiento del ente estatal a cuyo cargo las mismas se encuentran o a la prestación de un servicio encomendado a la respectiva entidad, de suerte que el manejo del bien debe observar las reglas del derecho común –caso en el cual se estaría en presencia de un bien fiscal– o si, por el contrario, la vocación de dichas instalaciones es la de servir al uso común o se encuentran afectadas al uso público, lo cual significa que el uso y goce de las mismas pertenece a la colectividad –y no exclusivamente a la entidad pública que administra el bien–; debe, asimismo, clarificarse si el hecho de que el uso del bien se encuentre sujeto a una reglamentación que impone límites y condiciones para su utilización por parte de la comunidad, inclusive a través de la fijación de unas tarifas de acceso a las dependencias del mismo, conduce necesariamente a concluir que se trata de un bien fiscal, como lo sostiene la parte actora en el presente litigio.

A fin de dilucidar el primero de los dos interrogantes que se acaba de plantear, es decir, el de cuál es la destinación jurídica del coliseo cubierto "El Campín", resulta menester aludir,

nuevamente, a las normas vigentes en materia urbanística a la fecha de celebración del contrato N° 2 de 1994 entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., comenzando por la Ley 9 de 1989, cuyo artículo 9° –según se refirió– determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público; asimismo, el artículo 5 del mencionado conjunto normativo señala que las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, integran el aludido espacio público y el artículo 7 *ejusdem* preceptúa que los municipios tienen la facultad de crear entidades a las cuales se asigne la responsabilidad de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, así como la potestad de contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes que lo integran.

A su turno, el Acuerdo Distrital No. 6 de 1990 establece, en su artículo 69, que *"son de uso público aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio"*, lo cual incluye, por tanto, no sólo los casos de *"calles, plazas, puentes y caminos"* –como está previsto desde el tantas veces mencionado artículo 674 del Código Civil y lo reproduce el citado cuerpo normativo aprobado por el Concejo del Distrito Capital– sino, *"en general todos los inmuebles públicos destinados al uso o disfrute colectivo"*; y, seguidamente, en el artículo 70 del mismo acto administrativo general en referencia, se prevé, de forma expresa, que *"constituyen el espacio público de la ciudad (...) las áreas para la recreación pública, activa o pasiva"*, precisándose, con posterioridad, en el artículo 86 *ejusdem*, precepto que aborda el tema de la recreación pública, que ésta *"puede ser activa o pasiva"* y que *"[L]a primera requiere de una viabilidad específica de las estructuras para albergar a los usuarios"*, para a continuación anotar, la misma norma traída a colación, sin ambages, que *"[L]a recreación pública bajo cualquiera de estas dos formas, es una manifestación del uso y disfrute colectivos"*.

En la misma dirección de lo consignado en los preceptos aludidos, el artículo 87 del Acuerdo Distrital N° 6 de 1990, disposición que se ocupa de enlistar aquellos que considera como *"bienes de uso público integrantes del espacio público recreativo"*, incluye en tal catálogo de elementos a *"[A]quellos en los que el uso recreativo, bajo las formas de recreación activa, es principal o complementario"*; asimismo, el artículo 88 *ibidem*, alusivo a los *"bienes recreativos de uso público para la recreación activa como uso principal"*, menciona, entre otros, a *"[L]as áreas y edificaciones a cargo del Distrito Especial de Bogotá destinadas a la recreación pública"*.

De igual forma, se reseñó previamente, aunque, se insiste, a título meramente ilustrativo por no encontrarse vigentes para la fecha de celebración del contrato –no obstante tratarse de disposiciones ciertamente posteriores a dicho momento, pero enderezadas en idéntica dirección que las vigentes en enero de 1994 (de hecho, se limitan a explicitar y/o a definir, de manera más prolija, el contenido de algunas voces empleadas en la normatividad vigente en enero de 1994) y a las cuales se acaba de hacer alusión–, que el Decreto nacional 1504 de 1998, en su artículo 5° dispone que el espacio público está conformado, entre otros elementos, por *"escenarios deportivos, escenarios culturales"* y que el Decreto Distrital 619 de 2000 define, en su artículo 12, la recreación activa como el *"conjunto de actividades dirigidas al esparcimiento y el ejercicio de disciplinas lúdicas, artísticas o deportivas que tienen como fin la salud física y mental, para las cuales se requiere infraestructura destinada*

a alojar concentraciones de público" y señala, a continuación, que "[L]a recreación activa implica equipamientos tales como: albergues, estadios, coliseos, canchas y la infraestructura requerida para deportes motorizados". Así mismo, el artículo 220 del referido Decreto Distrital 619 de 2000 preceptúa –numeral 2– que el equipamiento deportivo y recreativo de la ciudad "[C]orresponde a las áreas, edificaciones y dotaciones destinados a la práctica del ejercicio físico, al deporte de alto rendimiento, a la exhibición y a la competencia de actividades deportivas en los medios aficionados y profesionales, así como a la exhibición de espectáculos con propósito recreativo" y que el mismo "[A]grupación entre otros a los estadios, coliseos, polideportivos..."

Resulta menester añadir que el varias veces citado Acuerdo 6 de 1990 adoptó, como parte del mismo, los *planos oficiales de perímetros y de áreas de actividad y zonas* del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, así como el plano de elementos del primer nivel, entre los cuales se encuentran las zonas recreativas de uso público, de las cuales hace parte el predio en cuestión, así:

"Artículo 163.- Plano oficial de perímetros. Adóptase el plano a escala 1:100.000 denominado "plano oficial de perímetros" referido a las coordenadas geográficas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi como parte integrante del presente Acuerdo, plano en el cual figuran enmarcadas dentro de sus respectivos perímetros, las principales Áreas Urbanas, Suburbanas y Rurales del Distrito Especial de Bogotá".

"Artículo 286.- Delimitación de las áreas de actividad y zonas. La delimitación de las áreas de actividad y zonas en el Área Urbana Principal está contenida en el "Plano Oficial de Áreas de Actividad y Zonas", a escala 1:25.000, que se adopta como parte integrante del presente Acuerdo".

"Artículo 544º.- Además de los planos mencionados en los títulos anteriores, adóptanse los siguientes planos oficiales como instrumentos de trabajo indicativos para efectos de definir las intervenciones prioritarias:

A. PLANO DE ELEMENTOS DEL PRIMER NIVEL DE ZONIFICACIÓN. Este plano, a escala 1:25.000, contiene:

- a. La malla vial arterial puesta en vigencia por el Acuerdo 2 de 1980.
- b. Las zonas de preservación del sistema orográfico.
- c. Las zonas de preservación del sistema hídrico.
- d. Las zonas recreativas de uso público, mencionadas en el numeral 1 del Artículo 88.
- e. Los clubes campestres y áreas recreativas de propiedad privada mencionados en los literales a y b del Artículo 93.
- f. Los parques y jardines cementerios.
- g. El centro histórico de la ciudad.

(...)

La delimitación precisa de los elementos tutelados por el primer nivel de zonificación en la cartografía oficial del Distrito Especial de Bogotá, se hará conforme a las reglas que para el efecto contiene el presente Acuerdo en los decretos de asignación de tratamiento".

Tomando como referencia el mencionado marco normativo y ya concretamente en punto al inmueble objeto material del contrato en el cual se origina el presente litigio, la información de carácter bibliográfico, histórico y normativo disponible en la base de datos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, accesible a través de la internet, no deja lugar a la menor hesitación en el sentido de que, desde tempranas fechas en el siglo XX, el predio en el cual habría de construirse el actual coliseo cubierto "El Campín" estuvo destinado a la edificación de un escenario recreativo y deportivo destinado a satisfacer las necesidades que, por concepto de dichos rubros, evidencia la capital del país:

"Escenarios Deportivos:

Coliseo El Campín.

Dirección: Entre Avenida Carrera 30 y Carrera 28 con Calle 62 y Calle 60.

(...)

Tipo: Escenario Deportivo.

Reseña Histórica

El terreno sobre el cual se halla construida la Unidad Deportiva El Campín fue transferido a favor del municipio de Bogotá a título de donación por la señora Leonil de Matiz de Camacho y Luis Camacho Matiz mediante Escritura Pública número 3305 del 9 de diciembre de 1937 de la Notaría Segunda de Bogotá.

1937 Diciembre 9, los terrenos son donados al municipio de Bogotá.

1959 Mayo 26 El Concejo de Bogotá ordena la construcción del Coliseo Cubierto El Campín.

1967 Enero 27 Se establece el impuesto al aparato telefónico con el fin de captar dineros para la construcción del Coliseo Cubierto El Campín y se crea el Fondo de Desarrollo Popular Deportivo y de Cultura del Distrito Especial de Bogotá para que administre los dineros y lleve a cabo la obra. Junio 21 El Concejo de Bogotá ordena la inmediata construcción del Coliseo Cubierto. Septiembre 26. El Fondo Popular Deportivo y de Cultura del Distrito Especial de Bogotá abre la licitación para la cimentación del Coliseo Cubierto.

1968 Enero. La obra de pilotaje y cimentación está en plena realización. Diciembre 7 Se dicta la Ley 47 por la cual se autoriza al Presidente de la República para crear impuestos adicionales con destino exclusivo al fomento del deporte, preparación de deportistas, construcción de instalaciones deportivas entre otros y se crean las Juntas Administradoras para fondos que se recauden por concepto de tales gravámenes.

1969 El Fondo Popular Deportivo y de Cultura del Distrito Especial de Bogotá, por intermedio de la Secretaría de Obras Públicas abre licitación para la construcción de la super-estructura del Coliseo Cubierto.

1970 La Presidencia de la República, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Junta Administradora de Deportes proponen el Plan Maestro de Recreación y Deportes de Bogotá.

1973 Mayo 1 El Coliseo Cubierto "El Campín" es inaugurado por el Presidente de la República.

1974 La Sociedad Colombiana de Ingenieros otorga el Premio Nacional de Ingeniería al proyecto, cálculo y construcción.

1978 El concejo de Bogotá dicta el Acuerdo 4 y crea el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte "IDRD" y dispone que los bienes administrados por el Fondo Rotatorio de Espectáculos Públicos como la Unidad Deportiva "EL Campín" deben pasar a manos de IDRD y se facultó al Alcalde Mayor para formalizar el traspaso" (subraya la Sala).

Por otra parte, la condición de escenario deportivo y de bien destinado a la recreación pública del coliseo Cubierto "El Campín" resultaba ampliamente conocida por las partes que celebraron el plurimencionado contrato estatal número 002 de 1994, tal como se desprende de varios de los elementos probatorios enlistados en el apartado 2.3 del presente proveído, a saber: (i) de algunas de las estipulaciones contenidas en el propio contrato número 002 de 1994, suscrito entre las partes en el presente proceso; (ii) del tenor literal de algunas de las consideraciones precedentes al clausulado del referido negocio jurídico; (iii) de la expresa catalogación como de uso público que del bien objeto material del aludido vínculo contractual se efectúa en el acta de entrega del coliseo por parte de la entidad contratante a la sociedad contratista.

La conjunción de los enunciados normativos –tanto de alcance nacional como del nivel distrital– antes aludidos, con los elementos que se han traído a colación para evidenciar que el coliseo "El Campín" constituye un escenario construido con el propósito de propiciar la práctica deportiva y la recreación pública –activa– a la colectividad, conduce a concluir que el inmueble en cuestión se encuentra destinado o afectado al uso por parte de la colectividad toda, pues es ella, integrada por cada uno de sus miembros, la titular del derecho consagrado en el artículo 52 constitucional, cuya promoción y fomento corresponde al Estado, el cual, precisamente para propender por la efectividad del mencionado precepto superior, construye y/o administra y/o gestiona instalaciones como el coliseo tantas veces mencionado; éste, en consecuencia, mal puede catalogarse como un bien fiscal, cuyo uso no corresponda a todos los habitantes de la ciudad y cuyo manejo deba llevarse a cabo siguiendo los parámetros establecidos en el derecho común; por el contrario, se trata de un bien de uso público –también se integra en la noción de espacio público, por las razones antes explicitadas– de capital importancia en orden a la realización efectiva de la política estatal enderezada a cumplir con el imperativo contenido en el precitado artículo 52 de la Carta:

"Artículo 52. El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano.

El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social.

Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deban ser democráticas".

En el anterior orden de ideas, si bien es cierto que el coliseo "El Campín" difícilmente podría encuadrarse en la categoría de los que han dado en denominarse como bienes de dominio público por naturaleza –definidos en la ley, según se vio, como aquellos que reúnen determinadas condiciones *físicas*, como los ríos, los torrentes, las playas marítimas y fluviales, las radas, entre otros–, no es menos cierto que constituye un paradigmático ejemplo de aquellos bienes que no obstante constituir una obra del hombre, se encuentran afectados al uso público en forma directa, cosa que ocurre también con los caminos, las carreteras, los puertos, los puentes y los demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y cuidado han sido normativamente encomendados, por regla general, a las autoridades públicas locales.

No cabe duda, por tanto, de que el coliseo "El Campín" es un bien que no se encuentra destinado al funcionamiento de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá –entidad encargada de su gestión–, sino que su uso pertenece a todos los habitantes, ocasionales o permanentes, de la ciudad, quienes podrán utilizar las instalaciones del coliseo en las condiciones y de acuerdo con los reglamentos que, fijados por las instancias encargadas de administrar el inmueble, garanticen su adecuada conservación, su mantenimiento y el empleo de sus dependencias en condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad para los ciudadanos; esta última precisión permite aclarar que la circunstancia consistente en que el uso del bien en comento se encuentre sujeto a una reglamentación que impone límites y condiciones para su disfrute por parte de la comunidad, inclusive a través de la fijación de horarios, restricciones y tarifas de acceso a las instalaciones del mismo, no conlleva un cambio de su naturaleza jurídica, en virtud del cual haya de concluirse que realmente se trata de un bien fiscal, pues la afectación al uso público o al destino común en manera alguna quiere significar, necesariamente, gratuidad, ausencia de limitaciones o de regulaciones que se correspondan con las finalidades a las cuales debe apuntar el manejo del bien, ni mucho menos libertad absoluta e irrestricta de acceso para cualquier persona interesada, en cualquier tipo de condiciones.

En este sentido, baste con referir el ejemplo que proporcionan algunos otros de los antes mencionados bienes de dominio y de uso público, no por naturaleza sino por razón de su afectación o destino jurídico –dado que constituyen fruto de la acción humana–, como las carreteras, los puertos o los aeropuertos, respecto de los cuales no se cuestiona su condición de bienes de uso público, en la medida en que se encuentran afectados a la utilización colectiva en forma directa; así pues, piénsese en que la circulación por carreteras si bien es cierto que no puede ser sometida a limitaciones que discriminen injustificadamente a los usuarios con base en razones desconectadas del adecuado funcionamiento, conservación y destino del bien, no es menos cierto que tal circulación se encuentra supeditada a una serie de previsiones normativas que introducen exigencias en

materia de seguridad, de ordenación del tráfico –las cuales, por vía de ejemplo, impiden el tránsito de cierto tipo de vehículos en determinadas circunstancias, dentro de precisos horarios o sin el cumplimiento de alguna suerte de requisitos– e, incluso, de interdicción del acceso al uso de la infraestructura vial misma sin el previo pago de peajes, en el entendido de que esta exigencia económica formulada al usuario tiene por objeto garantizar el mantenimiento, la administración y/o el funcionamiento del bien en condiciones adecuadas al destino del mismo.

Algo similar podría sostenerse en relación con los puertos, bienes de uso público en los cuales las condiciones de acceso por parte de los usuarios distan enormemente de la absoluta libertad, incluyen limitaciones en punto a los horarios, condiciones de las embarcaciones, lugares de tránsito, existencia de tarifas por el empleo de las instalaciones portuarias, entre otras de la más variada índole, sin que tal tipo de previsiones convierta al puerto –como las antes anotadas regulaciones tampoco convierten a la carretera– en un bien fiscal.

En apoyo de cuanto se viene explicando bien merece la pena referir que la Sección Primera de esta Corporación, con fundamento en argumentos que conectan directamente con los que se acaba de exponer, encontró ajustadas a derecho las disposiciones contenidas en los artículos 12-6 y 69-6 del Decreto-ley 1421 de 1993, mediante los cuales se autorizó tanto al Concejo Distrital como a las Juntas Administradoras Locales en el Distrito Capital, para establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos, recreacionales, así como reglamentar dicho uso; tales preceptos fueron cuestionados porque, en criterio de los entonces accionantes, resultaban contrarios a lo dispuesto en el artículo 63 constitucional, por cuyo ministerio los bienes de uso público se encuentran fuera del comercio, alegación ésta que fue desestimada por la Sección Primera basándose, en lo sustancial, en las siguientes razones que en esta oportunidad esta Sala prohija y reitera:

"Del contenido de las disposiciones acusadas no se infiere que ellas busquen la disposición del derecho de dominio del bien, sino que permiten su uso, previo el cobro de unos derechos por tal concepto, uso que difiere sustancialmente de la disposición de dominio.

(...)

Para la Sala es claro que la reglamentación del uso del espacio público en manera alguna se opone a la protección que a aquél debe brindársele por parte de las autoridades. Bien por el contrario, permitir su uso a quien pretenda realizar una actividad recreativa, cultural, deportiva, etc., propende por el interés de la colectividad, pues en últimas, sobre ella redundan los beneficios.

En efecto, de una parte se le permite a la comunidad en general, la realización o la participación en las actividades mencionadas, sin establecer discriminación alguna, luego no es válida la afirmación de la accionante en el sentido de que con la reglamentación se favorece a una minoría, y de otra parte, con el cobro de los derechos por el uso en cuestión, se mantiene al espacio público para que pueda seguir siendo utilizado en buenas condiciones por la comunidad.

En síntesis, la reglamentación del uso del espacio público y el cobro de los derechos, los cuales son revertidos por el Fondo de Desarrollo para su mejoramiento, antes que atentar contra el interés general, se encaminan hacia él.

Finalmente, la Sala observa que el artículo 678 del Código Civil, al cual se refiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que cita la accionante, prescribe que el uso y goce lícito de los bienes de uso público corresponde a los particulares, de conformidad con las disposiciones que sobre la materia contenga la ley.

En consecuencia, teniendo el Decreto 1421 de 1993 la misma entidad o fuerza normativa que la ley, y no encontrándose que los preceptos acusados hayan transgredido las normas constitucionales invocadas como tal, concluye esta Corporación que las Juntas Administradoras Locales pueden reglamentar el uso del espacio público y ordenar el cobro de derechos por tal concepto, de acuerdo con los parámetros que fije el Concejo Distrital quien puede determinar los sistemas y métodos con base en los cuales dichas juntas podrán establecer el mencionado cobro" (énfasis añadido).

No en vano se concluyó en el apartado 2.4.1 del presente pronunciamiento que lo determinante de la condición de uso público de un bien es ora su naturaleza, ora su afectación o su *destino jurídico*, por manera que el *usus* del mismo no pertenece al Estado sino a todos los habitantes del país; aquél los administra, los protege **y reglamenta su uso**, en ejercicio de "*un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común*", lo cual se traduce en que tal tipo de bienes está destinado, principalmente, al disfrute de todas las personas, pero **sin perjuicio de los límites que su naturaleza imponga**: como corolario de lo anterior hay lugar a apreciar que el coliseo cubierto "El Campín" es un bien destinado al uso de toda la colectividad, sin perjuicio de las limitaciones, exigencias y restricciones que imponen su condición de escenario deportivo, de espacio público orientado a la recreación activa, limitaciones, exigencias y restricciones que deben apuntar a preservar el bien y a gestionar su funcionamiento de conformidad con la finalidad que justifica su existencia, que no es otra, se insiste, que su disfrute por parte de toda la comunidad, siempre que ésta observe los lineamientos y cumpla con los requisitos que para el uso de las instalaciones del coliseo establezcan, de forma general y sin introducir discriminaciones contrarias a Derecho, las entidades públicas y/o los particulares regularmente encargados del manejo del inmueble.

Por otra parte, los argumentos hasta ahora expuestos concuerdan, en un todo, con los análisis y con las conclusiones expresados por la Sala en reciente pronunciamiento, con la conducción del mismo ponente de esta decisión, en relación con los criterios que permiten distinguir los bienes de uso público de los bienes fiscales, con la normatividad aplicable en el Distrito Capital respecto de los bienes de uso público y con las obligaciones y responsabilidades que la naturaleza de estos últimos bienes imponen a las entidades públicas encargadas de su gestión, regulación, vigilancia y control; en los siguientes términos se pronunció la Sala en la aludida ocasión:

"Algún sector de la doctrina, especialmente la civilista, cuando se refiere a la clasificación de los bienes, en públicos y privados, utiliza como criterio diferenciador la *titularidad* de los mismos, es decir, parte de determinar quién ostenta la calidad de señor y dueño sobre un

determinado bien para conferirle su naturaleza jurídica, así entonces, son privados aquellos bienes cuyo dominio está en cabeza de los particulares y son públicos aquellos otros cuya titularidad pertenece al Estado.

Sin embargo, el anterior criterio no es el único que se utiliza para clasificar la naturaleza jurídica de los bienes, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano es factible que un bien cuya titularidad esté radicada en cabeza de un particular, se encuentre afectado a un uso público, lo que conlleva una limitación en el derecho de dominio respecto de dicho bien.

(...)

Teniendo en cuenta los criterios antes esbozados, dentro de los bienes públicos se encuentran: (i) aquellos *bienes de la Nación* (criterio de la titularidad) en los cuales la misma ejerce una relación de soberanía o de dominio eminente y (ii) aquellos bienes de dominio público (criterio de la afectación) en los cuales se tiene en cuenta la finalidad pública que los mismos están llamados a prestar.

Ahora bien, de manera más precisa los bienes públicos se clasifican en: a) bienes de uso público y b) bienes fiscales. Estos últimos pueden ser: bienes fiscales propiamente tales y bienes fiscales adjudicables".

(...)

Se concluye entonces que los bienes de uso público son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y cuya afectación o destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio.

(...)

Corresponde al Estado la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a los bienes de uso público, los cuales forman parte del espacio público, al disponer en el artículo 82 de la Constitución Política que éste tiene el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público y que su uso se debe destinar al bien común, el cual está llamado a prevalecer sobre el interés particular. Precisamente uno de los objetivos de la Ley 388 de 1997, modificatoria de la Ley 9ª de 1989, es el de "(...) *velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres*".

(...)

El concepto de bienes de uso público descrito en el Código Civil Colombiano tiene hoy una connotación que va más allá de las calles, plazas, puentes y caminos y se amplió a todos aquellos bienes públicos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad (afectación al dominio público).

(...)

Es importante precisar que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 9ª de 1989, el destino de los bienes de uso público, de las áreas urbanas y suburbanas sólo puede ser variado por los concejos municipales y distritales a iniciativa de los respectivos alcaldes, bajo la

condición de que sean *canjeados* por otros bienes de características similares. En este punto es importante precisar que, tal como ha dicho esta Corporación, los *negocios* que llegaren a realizar las entidades públicas con los bienes públicos no varían la naturaleza de los mismos, pues sólo los entes antes mencionados están autorizados para cambiar su carácter:

(...)

Los bienes destinados a la recreación y al deporte en el Distrito Capital.

Mediante el Decreto-ley 1421 de 1993 se expidió el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en desarrollo de las atribuciones conferidas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política. Este Decreto-ley hizo referencia al uso del espacio público destinado a la recreación y al deporte en los siguientes términos:

(...)

Respecto de la administración de los bienes destinados a la recreación o al deporte se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El Distrito Capital está facultado para constituir sociedades de economía mixta u otras formas asociativas con la finalidad de construir y administrar escenarios recreativos o deportivos.
- Los bienes fiscales que hayan sido aportados a las sociedades de economía mixta u otras formas asociativas podrán ser dados en arrendamiento.
- El Distrito Capital o sus entidades descentralizadas podrán entregar en arrendamiento o administración aquellos bienes de su propiedad que estén destinados a la práctica de la recreación o el deporte, en el entendido, tal como lo precisó esta Corporación, que se hace referencia a los bienes fiscales.

Los bienes de uso público no pueden ser dados en arrendamiento o administración para la práctica de la recreación masiva o el deporte ..." (énfasis añadido).

2.5 La naturaleza jurídica del contrato No. 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda.

2.5.1 Exordio: el régimen jurídico aplicable al contrato.

En relación con la normatividad aplicable a la actividad contractual desplegada por las entidades tanto del sector central como del descentralizado en el Distrito Capital, el Decreto-ley 1421 de 1993, "[P]or el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá" estableció, en su artículo 144, que a las mismas les serían aplicables las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las cuales tendrían eficacia inmediata en la capital de la República a partir del momento de su promulgación, aunque con carácter general y por ministerio de la ley hubieren de empezar a regir en fecha posterior; el referido precepto consagra la aludida regla acerca de la vigencia

del Estatuto de contratación estatal en el Distrito Capital de Bogotá, en los siguientes términos:

"Artículo 144. Normas generales. Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto.

Las operaciones de crédito público se someterán a las normas vigentes sobre la materia.

PARAGRAFO. Las normas del Estatuto General de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto. No obstante lo anterior, las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes sólo se aplicarán a partir de la fecha prevista en el Estatuto General. Entre tanto el distrito utilizará, cuando a ello haya lugar, el registro que reglamentan las disposiciones vigentes".

Así pues, en virtud de la transcrita disposición especial sobre la vigencia anticipada del Estatuto de Contratación, incluida en el régimen especial de Bogotá D.C., es claro que la Ley 80 de 1993 entró a regir para el Distrito Capital de Bogotá y sus diversas dependencias y entidades a partir del día 28 de octubre del mismo año fecha en la cual fue promulgado la aludida Ley 80, más allá de que en el artículo 81 de este último conjunto normativo se hubiera preceptuado, de manera general, lo siguiente en relación con la vigencia del referido Estatuto de Contratación Estatal:

"Artículo 81. De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto- ley 2248 de 1972, la Ley 19 de 1982; el Decreto Nacional 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108 a 113, el Decreto-Ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o. 8o. 9o. 17 y 19; el Decreto-Ley 1684 de 1991, las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253 a 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o, el literal l) del numeral 1o y el numeral 9o del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o del artículo 25; el numeral 5º del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente Ley, entrarán a regir a partir del 1o de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta Ley.

Parágrafo 1. Transitorio. La presente Ley entrará a regir en relación con la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A., y para todo lo que tenga que ver con la prestación del servicio de agua, alcantarillado y aseo, tres (3) años después de su promulgación.

Parágrafo 2. Transitorio. A partir de la promulgación de la presente Ley, el Gobierno adelantará con la colaboración de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y de

las demás Entidades Estatales, así como de los organismos o entidades gremiales y profesionales, actividades pedagógicas y de divulgación del presente estatuto" (subraya la Sala).

Ahora bien, según se deja reseñado, el contrato número 002 de 1994 fue celebrado entre las partes en el *sub lite* el día 7 de enero de 1994, momento para el cual ya había sido promulgada y ya habían cobrado vigor las disposiciones de la Ley 80 de 1993, luego tales referencias temporales obligan a concluir que el régimen jurídico aplicable al aludido contrato es el contenido en la mencionada Ley 80; ni siquiera cabe, en el presente caso, el reparo que podría formularse en el sentido de señalar que el procedimiento precontractual que debió surtirse de manera previa a la celebración del negocio jurídico en el cual se origina el presente litigio, habría tenido que regirse por los dictados del Decreto-ley 222 de 1983, comoquiera que la mayor parte de las disposiciones que regulan la materia en la Ley 80 apenas habrían entrado en vigencia el día 1 de enero de 1994.

Frente a tal anotación cobra importancia lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto-ley 1421 de 1993, cuyo contenido permite disipar cualquier duda interpretativa al respecto, toda vez que de conformidad con esa disposición, "*las normas del Estatuto General de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación*", ocurrida el 28 de octubre de 1993, "*inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto*", por manera que es evidente que la regulación de la Ley 80 en materia de procedimientos administrativos de selección de contratistas se encuentra vigente en el Distrito Capital desde esta última fecha y, consecuentemente, resultaban aplicables a la escogencia del co-contratante de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá en el presente asunto.

En la dirección indicada se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

"En este punto es necesario señalar, inicialmente, que el estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993, tiene plena aplicación en el Distrito Capital, por cuanto esta ley contiene las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (Art. 1) y dentro de éstas, se menciona expresamente al Distrito Capital (Art. 2-1).

La disposición del artículo 144 del decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, que constituye el régimen especial del Distrito Capital, según la cual las normas del estatuto general de contratación pública se aplican en el Distrito y sus entidades descentralizadas "en todo aquello que no regule el presente decreto", no es óbice para que la ley 80 se le aplique al Distrito, y de manera integral, no supletiva.

En efecto, la ley 80 fue expedida el 28 de octubre de 1993 y la casi totalidad de sus normas entró a regir el 1 de enero de 1994 (Art. 81 inciso tercero) mientras que la vigencia del decreto 1421 se inició el 22 de julio de 1993. En consecuencia, la ley 80 es posterior y prevalece sobre el decreto 1421, de acuerdo con el artículo 2 de la ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 71 y 72 del Código Civil.

La especialidad del estatuto de Bogotá no significa que sus normas de contratación primen sobre las del estatuto general, dado que éste regula de manera integral la materia, sin que

sea exhaustivo, pues existen normas complementarias, dada la variedad y complejidad de los temas contractuales, y en consecuencia, tiene prevalencia sobre las normas del Distrito en este campo, de conformidad con el principio de integralidad normativa establecido por el artículo 3º de la ley 153 de 1887.

De hecho, el párrafo del mismo artículo 144 del decreto 1421 de 1993 quiso enmendar en cierta forma, lo dispuesto por su inciso primero, cuando dispuso en la parte inicial, que "las normas del estatuto general de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto", con lo cual se confirma la aplicabilidad de la que fuera posteriormente expedida ley de contratación de la administración pública, la ley 80".

2.5.2 Elementos determinantes del tipo contractual celebrado: ¿denominación que le asignan las partes o contenido del negocio jurídico?

Dilucidar qué tipo de negocio jurídico celebraron la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., contenido en el contrato número 002 de 1994, constituye extremo que ocupa central posición con el fin de desatar la litis, toda vez que los actos administrativos demandados apoyan la decisión de terminar unilateralmente el vínculo contractual en el entendimiento de que el mismo tiene una naturaleza jurídica –concesión– diversa de la que corresponde a la denominación que al acuerdo le dieron las partes –arrendamiento–, comprensión ésta que fue avalada por el Tribunal de primera instancia –razón por la cual declaró ajustadas a Derecho las resoluciones demandadas–, el cual igualmente entendió que el contenido de las estipulaciones contractuales es el propio de *"la explotación de un bien, destinado a un servicio público esencial y no un simple arriendo"*, cuestión de no poca monta habida cuenta de que, según lo indicó el *a quo*, *"el contrato debe ser entendido por los intérpretes, quienes a pesar del texto escrito, habrán de someterse a la real intención de las partes"*; tales posturas difieren radicalmente de la asumida por la sociedad accionante, para la cual los elementos del aludido negocio son los inherentes a un clásico contrato de arrendamiento, conclusión ésta que privaría –en el sentir de la demandante– de fundamento tanto fáctico como jurídico a las decisiones administrativas atacadas y al fallo apelado.

Así pues, debe la Sala establecer si la naturaleza jurídica del contrato o, dicho en otros términos, la identificación del tipo contractual celebrado es una cuestión que depende exclusivamente de la denominación que al respectivo negocio hayan dado los sujetos en él intervinientes o si, por el contrario, resulta menester reparar en la sustancia o el contenido de las correspondientes estipulaciones con el fin de establecer qué modalidad negocial es la que concluyeron las partes y, consecuentemente, determinar cuál es la normatividad que a la misma le resulta aplicable. Similar disyuntiva es la que plantea el interrogarse acerca de la eficacia de los negocios jurídicos en función exclusivamente de la voluntad de las partes, de suerte que se limite a los aspectos realmente previstos y queridos por ellas o si, por el contrario, una vez se celebra un negocio, el ordenamiento jurídico, a la vez que acepta –en línea de principio– las estipulaciones libremente convenidas por los agentes, complementa la voluntad que éstos expresaron y le atribuye al contrato efectos que incluso los intervinientes no buscaron o ni siquiera previeron.

Para responder los referidos cuestionamientos se ha sostenido –con acierto– que la solución a los mismos depende del enfoque filosófico-jurídico que se adopte como punto de partida, pues en la perspectiva individualista-racionalista propia de escenarios que caracterizaron la mayor parte de los entonces nacientes Estados de Derecho occidentales de principios del siglo XIX, la voluntad individual se erigió en causa suprema de la vida social y de sus instituciones, por manera que desde esa concepción sólo cabía atribuir totalmente la eficacia de los actos jurídicos privados a la real voluntad de quienes los realizan o celebran, quienes por derecho propio y a su mejor conveniencia, serían los llamados a estructurar autónomamente sus relaciones negociales y a dotarlas de la naturaleza, de los alcances y de las modalidades que a bien tuvieran; esto es, la voluntad de los agentes se constituía en la fuerza creadora de la totalidad de los efectos de los actos o negocios jurídicos, por manera que los mismos sólo estarían llamados a producir los efectos que pudieren invocar como causa la intención de sus autores, misma que a la vez sería el único criterio del cual válidamente podría servirse el intérprete con miras a la hemenéutica de tales actos.

Empero, superado el pensamiento racionalista y reducida la trascendencia de la voluntad privada al subordinarla a las normas e instituciones jurídicas al punto que serán éstas las que reconozcan o desconozcan a aquélla su poder regulador, en la actualidad es cuestión pacíficamente aceptada que los actos jurídicos, al poner en movimiento las normas legales pertinentes, tienen la virtualidad de producir efectos no previstos y hasta no queridos por quienes en ellos intervienen, lo cual lleva a concluir que la estructuración del acto o negocio no necesariamente requiere de un objeto concreto plenamente determinado por la real intención de las partes, comoquiera que basta con que las mismas, al aceptar la invitación que en tal sentido les extiende el postulado de la autonomía de la voluntad, genéricamente admitan participar en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas; esta tesis resulta incontrovertible en el sistema jurídico colombiano, en el cual la subordinación de la voluntad privada a las previsiones legales se encuentra claramente consagrada en el Código Civil –artículo 1602–, al punto de que, de un lado, si resulta contraria a la ley imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, la validez y/o la eficacia de dicha voluntad se verá comprometida –artículos 16, 1518, 1523, 1524 y 1741 *ejusdem*– y, de otro, si el acto o contrato se celebra de conformidad con las exigencias legales para su validez y eficacia, no solamente obliga a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanen de la naturaleza de la obligación, a las que por ley le pertenezcan y a las que por el uso común se presumen aunque no se expresen –artículos 1501, 1603 y 1621 *ibidem*–.

Precisamente en consideración a lo anterior, el citado artículo 1501 C.C. recoge la tradicional distinción entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del vínculo contractual, en virtud de la cual se ha entendido, de manera generalizada, que las cosas de la esencia se identifican como los requisitos constitutivos del contrato toda vez que ellas y sólo ellas corresponden a los elementos necesarios para su existencia o para su perfeccionamiento, en tanto que las cosas de su naturaleza y las accidentales conciernen a los efectos del contrato; por otra parte, las cosas de la esencia pueden ser comunes a todo contrato o particulares a determinada especie contractual, pero, en definitiva,

"[S]on aquellas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente (art. 1444 del Código Civil Chileno). Estas cosas son los elementos indispensables

para que el contrato se forme. Son, además, las que le dan una fisionomía propia y lo diferencian de los otros. De ahí que su omisión o alteración acarree o la ineficacia del contrato o su transformación en otro diferente. Las partes no pueden, por lo mismo, alterarlas o suprimirlas; ésta es una de las limitaciones que tiene la autonomía de la voluntad.

En la compraventa, por ejemplo, son cosas de su esencia la cosa y el precio. Si falta el precio no hay venta, y si el precio consiste en otra cosa y no en dinero habrá permuta. Igualmente, si en el arrendamiento no hay precio, podrá haber comodato, pero en ningún caso arrendamiento" (subraya la Sala).

En ese orden de ideas, se ha aludido a los *elementos esenciales* del negocio –*essentialia negotii*– como a aquellos que "*constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo*", por manera que si las partes guardan silencio acerca de estos elementos, el negocio por ellas deseado no se hallará en condiciones de producir todos sus efectos o devendrá en un vínculo diverso; a los *elementos naturales* –*naturalia negotii*– como a "*aquellos efectos que las partes suelen estipular como accesorios de los elementos esenciales pero que, aún a falta de estipulación, se producirán espontáneamente opera legis*" y a los *elementos accidentales* –*accidentalía negotii*– como a "*los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión, como el pacto de retroventa, o el comisorio, o las estipulaciones que agravan o atenúan la responsabilidad y las que sujetan los derechos a plazos o condiciones*".

Si bien es cierto que en principio la anotada clasificación, originaria del derecho privado, también resulta de recibo, *mutatis mutandi*, en el ámbito del derecho administrativo y, concretamente, al de la contratación estatal, no sólo por la elemental consideración de que en este ámbito del tráfico jurídico quizás el más importante matiz que se evidencia respecto del regulado por el derecho privado es la intervención como partes de las entidades estatales, sino atendiendo a que tal sería la conclusión que se desprende de la incorporación que respecto de las disposiciones comerciales y civiles pertinentes efectúa el artículo 13 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública; anota la Sala que no es menos cierto que el referido trasvase no puede llevarse a cabo sin efectuar los ineludibles matices que imponen las particularidades propias de los contratos estatales en consideración a la especial finalidad a la cual debe apuntar la actividad administrativa contractual –la satisfacción del interés general– y a las limitantes que a la capacidad negocial de las entidades públicas imponen tanto el aludido componente teleológico, como los demás elementos integrantes del principio de legalidad; tal la razón por la cual en el derecho comparado se ha sostenido que la distinción entre elementos esenciales y naturales –especialmente, aunque también pueden incluirse aquí los accidentales– puede, de cierto modo, quedar difuminada si se tiene en cuenta que cuando unos y otros se encuentren previstos en la ley, en principio su observancia deviene obligatoria para la entidad contratante:

"Sin embargo, esta traslación a la esfera del contrato administrativo de la conocida división tripartita de los elementos componentes del contrato de derecho privado, es más aparente

que real, o mejor dicho, sólo puede hacerse si se le introducen ciertas limitaciones y si se tienen en cuenta las particularidades que son propias del contrato administrativo, como contrato de derecho público, y en el que una de las partes es la administración pública obrando como tal.

En efecto, en el caso de los elementos naturales, estando todos ellos previstos legalmente, son en principio de cumplimiento obligatorio para la administración, y por ende para la vigencia de ese tipo especial de contrato, de modo que sin revestir el carácter de elementos esenciales (por no ser definitorios de la existencia de "contrato administrativo") deben también ser observados, puesto que una de las partes (el sujeto administrativo) no puede apartarse de esa observancia, como ya sabemos.

Por tanto, las partes sólo podrían excluir tales elementos del contrato, en el supuesto de que la misma ley haya autorizado expresamente a suprimirlos, es decir, cuando exista la facultad para la administración pública de incluir o no en el contrato tales elementos, según convenga para la mejor satisfacción del interés público.

Igual consideración cabe respecto de los elementos accidentales, que no corresponden ordinariamente a un contrato administrativo dado, y que podrán ser incluidos en él si el sujeto administrativo obra, al hacerlo, dentro de su competencia, es decir, cumpliendo el mandato legal, vigente como facultad, de la que puede o no usar" (énfasis añadido).

No obstante, la conclusión a la cual se arriba en la cita precedente debe adaptarse a las singularidades del régimen colombiano de la contratación estatal, caracterizado por tratarse de un modelo que parte de incorporar a la normatividad aplicable a los contratos estatales las reglas propias del derecho privado –lo cual dota de una significativa autonomía a las entidades públicas contratantes–, cuya aplicación se encuentra supeditada a la inexistencia de especiales disposiciones de derecho público; no sin razón se ha señalado que el contrato estatal en el derecho colombiano es el resultado de la tensión existente entre dos polos opuestos: la visión económica liberal reflejada en el emblema ideológico de la autonomía de la voluntad, de un lado y, de otro, la responsabilidad que frente a los intereses de la colectividad corresponde a las entidades públicas lo cual les impone objetivos y fines por los cuales deben propender, tensión ésta que arroja como resultado *"un nuevo equilibrio de las relaciones contractuales que debe construirse sobre las polaridades que, en lugar de oponerse y excluirse recíprocamente, deben complementarse"*.

Equilibrio que se refleja en cuestiones como que al mismo tiempo la propia Ley 80 refuerza la autonomía de las entidades estatales en el plano de la escogencia y confección tanto del tipo contractual como de su contenido –de conformidad con lo normado por los artículos 32 y 40 de la citada Ley 80–, también limitan tal libertad de configuración las normas de orden público del derecho civil que resulten pertinentes en adición al conjunto de principios de derecho público que condicionan, en determinadas circunstancias, la sustancia de las estipulaciones susceptibles de ser incluidas en los contratos o, incluso, la posibilidad de escoger uno u otro tipo contractual para algunos eventos concretos.

Así pues, en el ordenamiento jurídico colombiano más que desvanecerse la distinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos estatales, lo que bien puede

ocurrir es que el carácter imperativo de algunas normas de orden público o de los principios y finalidades de derecho público que informan la actividad contractual de las entidades estatales, impidan a las partes soslayar el significado, el contenido o los alcances de los elementos naturales de la modalidad contractual que eligieron y a cuyos elementos esenciales se avienen, con la consecuencia que genera la imposibilidad de eludir el contenido inherente a la especie contractual elegida por las repercusiones que ello puede generar en relación con la validez del negocio jurídico.

Por lo demás y en consonancia con cuanto se viene exponiendo, no puede perderse de vista que con el fin de dilucidar cuál es el contenido mínimo que debe incluir un contrato para que surta la plenitud de los efectos que la ley asigna al tipo contractual escogido por las partes, más que la mera voluntad de éstas resulta necesario identificar la función económica que el específico vínculo contractual está llamado a producir, como lo ha explicado la doctrina:

"... ¿cómo se dilucida cuál es el contenido esencial del contrato? Es esencial aquella parte del contenido reglamentario de un contrato sin la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual, ni el intento empírico perseguido por las partes. Es decir, aquel contenido que es imprescindible para que la función económica típica sea cumplida y para que el intento práctico sea conseguido. En cambio, es accidental aquel contenido que no es necesario para lograr aquellos fines" (subraya la Sala).

A similar conclusión se arriba si se repara en el acervo de técnicas a las cuales puede acudir para realizar la hermenéutica de los contratos, pues además de la interpretación literal y lógica de su clausulado, o de la posibilidad de llevar a cabo una interpretación sistemática, histórica o auténtica del convenio, ha de tomarse en consideración *"la interpretación finalista del contrato y la función del tipo contractual como medios interpretativos"*, recurso explicativo éste del cual se ha afirmado:

"Que las reglas contractuales, como todos los preceptos jurídicos, admiten una interpretación finalista o teleológica y funcional es algo que está fuera de toda duda (...). Se trata, además, de un criterio de interpretación perfectamente obligado. Para conocer el sentido de un contrato, es preciso averiguar antes el sustrato económico sobre el que se funda, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que mediante el contrato las partes han tratado de dar a estos intereses, pues ello constituye su última razón de ser.

(...)

El tipo de interpretación que ahora estudiamos obliga, en primer lugar, a tomar en consideración la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato.

(...)

Al aludir a la naturaleza o tipo del contrato se está haciendo mención a lo que antes hemos llamado su genérica función económico-social...".

Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad –de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales– y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia:

"Cuando dichos tipos están previstos en normas legales (para distinguirlos de los originados en la denominada tipicidad social, es decir, la gobernada por normas consuetudinarias), la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla legal. Por supuesto que, como fácilmente puede entenderse, allí radica la importancia de la tipicidad contractual, esto es, en la descripción del tipo y en su regulación jurídica" (subrayas fuera del texto original).

Según el anterior orden de ideas, será contrato *típico* aquel negocio jurídico cuya estructura se encuentra predispuesta por la ley o por las prácticas sociales –esto es, con tipicidad legal o social– y contrato *nominado* aquél que cuenta con un *nomen* que sirve para distinguirlo o identificarlo; por lo demás, resulta usual que los típicos también sean nominados y viceversa, aunque ello no supone necesariamente que tales categorías lleguen a confundirse, comoquiera que pueden existir contratos nominados, incluso por la ley, pero carentes de tipicidad acerca de los elementos que los integran o estructuran; a su turno, será *atípico* el contrato cuya estructura o molde no está consagrado y menos regulado en la ley, ni en los usos o en las prácticas sociales, habida cuenta de que su creación se produce *ex novo*, como producto bien de la mezcla de elementos propios de tipos contractuales previamente existentes, bien de la combinación de éstos con elementos originales o regidos por normas generales o próximas; en otros términos, como lo ha indicado la doctrina,

"... típicos son aquellos que tienen su regulación en la ley, que los precisa y les otorga una disciplina en cuanto a su contenido, sus efectos e incluso sus requisitos formales. Contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación inherente –junto con la libertad para contratar– a la autonomía de la voluntad" (subraya la Sala).

En definitiva, cada tipo contractual está integrado por la síntesis de sus elementos esenciales, vale decir, de aquellos ingredientes sin los cuales o no produce efecto alguno

o "*degenera en otro contrato diferente*" –artículo 1501 C.C.– o se reputa inexistente –artículo 891 C. de Co.–, así como por aquellos elementos que precisan su naturaleza y singular identidad, con independencia del nombre, rótulo o título que al vínculo contractual concreto hayan optado por asignar las partes, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"Lo que constituye la esencia o naturaleza de un contrato no es la calificación que le den las partes, sino la que la ley le da de acuerdo con la voluntad de las mismas partes. Aunque los contratantes llamen venta al arrendamiento, posesión al dominio, mandato al depósito, etc., si resulta que la convención celebrada no tiene el carácter jurídico que los contratantes la designan, el contrato a los ojos de la ley y del juez no es ni puede ser otro que el que resulta de los hechos, aunque los interesados, por ignorancia o fines especiales, quieran revestirlo de una calidad que no tiene" (énfasis añadido).

2.5.3 Elementos característicos y régimen jurídico de los contratos de arrendamiento y de concesión.

Con fundamento en tales conclusiones, debe ahora examinarse cuáles son los elementos que estructuran los tipos contractuales del arrendamiento y de la concesión, a efectos de dilucidar si el contenido de las estipulaciones del varias veces mencionado contrato No. 002 de 1994 permiten encuadrarlo en una u otra de dichas categorías o, incluso, si el referido negocio jurídico concreto supuso la celebración de un contrato atípico e/o innominado, en los términos expuestos.

2.5.3.1 *El contrato de arrendamiento.*

El de arrendamiento es un contrato en el cual las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil.

Como se aprecia, el tratamiento que el ordenamiento civil dispensa a este tipo contractual se caracteriza por conferirle unos alcances similares a los que le eran propios en el derecho romano, en el cual fue entendido como toda *locatio conductio*, tanto referida a cosas (*locatio conductio rei*) como a servicios (*locatio conductio operarum*) o a obras (*locatio conductio operis*); empero, en el tráfico jurídico contemporáneo la voz *arrendamiento* se circunscribe solamente a las cosas, pues el régimen jurídico de los demás servicios se ha independizado –caso de los que emanan de la fuerza humana, los cuales han abandonado la regulación civilista para ser normados por disposiciones especiales y de orden público o de los demás servicios que también han pasado a ser desarrollados por disposiciones autónomas, como ocurre con los contratos de obra o de transporte–, por manera que la noción actual de arrendamiento sólo comprende el acuerdo por cuya virtud las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por dicho goce un precio determinado, quedando claro que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorporales, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar –artículo 1974 C.C.–.

De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su *bilateralidad*, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su *onerosidad*, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su *conmutatividad*, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su *carácter de tracto sucesivo*, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes; a este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado lo siguiente:

"La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 *ibídem* indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

Así, el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso" (Se subraya y destaca).

De otro lado, si bien se ha entendido de manera generalizada que el arrendamiento es un negocio meramente de *administración* –es decir, un tipo de negocio en el cual el derecho implicado, especialmente el de propiedad, no se transmite, ni se grava o limita, sino que simplemente supone el ejercicio de las facultades de uso o de goce, de mejoramiento o de conservación del bien–, en algunas ocasiones puede considerársele como un verdadero negocio de *disposición* –esto es, aquel que conlleva enajenación o gravamen de un derecho patrimonial–; así pues, siempre que el arrendamiento se reduce a una vinculación de corto tiempo entre arrendador y arrendatario, se tratará de un negocio de administración; en cambio, cuando el arriendo se extiende por más de cinco años, la regulación que del tema efectúa el Código Civil da lugar a entender que se trata de un verdadero negocio de disposición e, incluso, que se trata de uno de los casos en los cuales el arrendamiento da lugar a que la relación material del arrendatario con la cosa arrendada constituya un

auténtico derecho real; lo expuesto –es decir, que el negocio será de disposición– también ocurriría cuando junto con el arriendo "se otorgan amplias facultades de uso y disfrute, como las de mejorar la cosa por parte del arrendatario [caso en el cual el arrendamiento], es negocio de disposición y no de mera administración".

De la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual, interesa referirse, a los efectos del asunto *sub examine*, a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) la de entrega material de la cosa, la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado; (ii) la de mantenimiento de la cosa en estado de servicio, es decir, en el mismo estado en el cual la entregó, durante la totalidad del plazo contractual, obligación de la cual se deriva para el arrendador la necesidad de efectuar "todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden al arrendatario" –artículo 1985 C.C.–, en relación con lo cual ha señalado la jurisprudencia de esta Sala:

"Una de las obligaciones del arrendador es la de mantener la cosa que arrienda en estado de servir para el fin del contrato (art.1982 c.c.) y para mantenerla en buen estado debe hacer "todas las reparaciones *necesarias*, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario". Se entiende por reparaciones locativas aquellas que según la costumbre son de cargo del arrendatario y son, sobre todo, aquellas que corresponden al deterioro causado por su culpa o la de sus dependientes. En ese orden de ideas, se distinguen dos tipos de reparaciones: aquellas que le corresponden al arrendador denominadas necesarias y las locativas, que están a cargo del arrendatario" (subraya la Sala).

Y, finalmente, (iii) la obligación de evitar, impedir o hacer cesar turbaciones al derecho de disfrute de la cosa por parte del arrendatario, corolario de la circunstancia consistente en que el arrendador es propietario o tiene algún derecho sobre la cosa que lo autoriza para arrendarla y para garantizar que el arrendatario no será perturbado en dicho goce; ésta es una garantía que trasluce la regla, de alcance más general, en virtud de la cual la cosa entregada debe servir para el destino natural que se pretende satisfacer, lo cual comprende tanto que la cosa no tenga vicios que la hagan inepta para el fin del contrato, como que el arrendatario no será perturbado en su goce por hechos del arrendador o de terceros. En relación con este extremo, se ha sostenido lo siguiente:

"La facultad de usar la cosa, que tiene el arrendatario, es personal, esto es de darle un goce para sí, para las personas señaladas en el contrato y no para terceras personas ajenas a la convención. De tal manera, quien celebra un contrato de arrendamiento, se entiende que es para usarlo directamente él, salvo, obviamente, estipulación en contrario" (subraya la Sala).

"Entre el arrendamiento de cosas y la venta existen varios puntos de contacto, tantos que alguien ha considerado que el contrato de arrendamiento no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien. Es así como, efectivamente, sucede que, al igual que en el contrato de venta, en el arrendamiento se dan dos elementos esenciales iguales, que son una cosa y un precio; y que, como ocurre en el contrato de venta, también en el de arrendamiento se da el fenómeno del saneamiento, en las mismas modalidades que en la venta, es decir, tanto el saneamiento por evicción, como el saneamiento por vicios

redhibitorios. Inclusive media entre los dos contratos tanta relación, que en más de un caso puede suceder que normas propias del contrato de venta sean ampliables, por mandato de la ley misma, al contrato de arrendamiento de cosas; o que normas del contrato de arrendamiento sean la reproducción casi exacta de normas del contrato de venta. Como ejemplo pueden citarse los arts. 1976, 1979 y 1980" (subrayas fuera del texto original).

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

2.5.3.2 *El contrato de concesión.*

La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, al recoger la evolución normativa en relación con la materia, de manera general define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden –artículo 32, numeral 4º–.

En otras palabras y como en precedente ocasión lo ha expresado la Sala, por virtud de la concesión una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal; en la doctrina, asimismo, se han formulado multiplicidad de conceptualizaciones respecto del tipo contractual en comento; entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jèze, para quien "*por el contrato de concesión de un servicio*

público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión" o la que al referirse al tema propone Georges Vedel, quien sostiene que

"(E)l término "concesión" es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de "incrementos futuros" que son simplemente ventas de materiales.

La expresión "concesión de servicio público" que se abrevia a veces con el término "concesión", tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un *procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio*".

Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera; en otros términos, se trata de una modalidad contractual según la cual:

"... sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella".

Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: *(i)* su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario *(ii)* es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; *(iii)* hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80:

- «a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.
- b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.
- c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.
- d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.
- e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.
- f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.
- g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato».

También la jurisprudencia constitucional ha perfilado los rasgos distintivos del contrato de concesión, en los siguientes términos:

"De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

- a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;
- b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
- c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
- d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que

en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.

(...)

La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión".

Del conjunto de características referidas, la Sala efectuará algunas precisiones adicionales en relación con tres de ellas, por estimarlas de singular importancia a efectos de desatar el presente litigio: *(i)* la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión; *(ii)* la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales y, finalmente, *(iii)* la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, circunstancia ésta que conduce a identificar el de concesión como un auténtico negocio financiero.

En relación con (i) *la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión*, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, *la concesión de servicio público* tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, *la concesión de obra pública* es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la Ley 105 de 1993, cuyo artículo 30, al disciplinar la concesión de obra pública, previó que "*[B]ajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno al (sic) capital invertido*"; se ha señalado que el elemento diferencial de este contrato

"... no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública".

Y la tercera modalidad de concesión en referencia, *la concesión de bien público*, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público –sea fiscal o de uso público–, comoquiera que puede "*ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión*".

No obstante lo anterior, la Sala igualmente ha indicado que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres posibilidades enunciadas, pues así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley –artículo 2º ordinal 3 ley 80 de 1993–,

"... la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas.

En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público..." (énfasis añadido).

Por cuanto atañe a (ii) *la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales*, la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario –concesión de servicio público– y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos –concesión de bien público–, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, *"el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión..."*.

Y en lo atinente a (iii) *la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo*, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia:

"La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas" (énfasis añadido).

Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto –obra pública, servicios públicos, etcétera– por razón del factor

consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente –o autorización de recaudo o pago directo– de *"derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*.

La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, *"distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio"*; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos.

En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado –equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra–, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido.

Consustancial, por consiguiente, al concepto de concesión, resulta que el concesionario tendrá a su cargo la ejecución del objeto del negocio concesional por su cuenta y riesgo, lo cual le adscribe la responsabilidad de la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida, el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión, con

exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra y, de esta forma, igualmente se garantice la obtención de las utilidades lícitas que lo movieron a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

Por lo demás, las anteriores aseveraciones se desprenden de la propia definición legal del contrato de concesión –artículo 32, numeral 4 de la ley 80 de 1993–, precepto en el cual se dispone con toda claridad que la ejecución del objeto pactado se realizará por "*cuenta y riesgo del contratista*", expresión ésta que el Legislador no empleó al hacer alusión a los elementos estructurales de otros contratos de la Administración y que no excluye las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden a efectuar la correspondiente asignación de riesgos en la etapa precontractual y sin que la anotada particularidad de la concesión pueda entenderse como un álea abierta o ilimitada de riesgos que se radican en cabeza del concesionario impidiéndole a éste reclamar, frente a cualquier tipo de circunstancias, por la ocurrencia de hechos sobrevivientes, previstos o no, que pudieren afectar la ecuación económica del contrato. La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, entonces, se verá atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual.

En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción.

De todas formas, las anteriores premisas deben tomarse en consideración apenas en línea de principio, como punto de partida, sin que devengan inmodificables, se insiste, en la negociación propia de cada contrato de concesión en particular.

En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión –sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión varían según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes– son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia

esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, *"puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"* –artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993– y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

2.5.4 Conclusión: el contrato No. 002 de 2004 celebrado entre las partes demandante y demandada en el *sub judice*, es un contrato de concesión.

2.5.4.1 Análisis de las estipulaciones contenidas en el contrato No. 002 de 1994 a la luz de las conclusiones expuestas en los dos apartados inmediatamente precedentes.

El examen de las estipulaciones contenidas en el contrato de marras atendiendo a la caracterización que se ha efectuado en relación con los tipos contractuales del arrendamiento y la concesión, conduce a la Sala a concluir –coincidiendo en ello con el Tribunal *a quo*– que el contrato estatal No. 002 de 1994, suscrito entre Coinverpro Ltda., y la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, es un contrato de concesión y no uno de arrendamiento, como indebidamente dio en denominársele, toda vez que incorpora los elementos que permiten identificar la especial función económico-social que está llamado a cumplir el primero de los aludidos tipos contractuales y no el segundo, circunstancia que se hace evidente si se tienen en cuenta los siguientes apartes del clausulado del contrato, relacionados en la letra a) del apartado 2.3 del presente proveído:

a. El contratista asumió la obligación de llevar a cabo la adecuación y explotación del Coliseo "El Campín", por su cuenta y riesgo.

Ello quedó expresamente consignado en la cláusula quinta:

"Quinta: Obligaciones y Prohibiciones del Arrendatario: El arrendatario se obliga a: 1. Realizar por su cuenta y riesgo todas las obras relacionadas en el plan quinquenal de inversión contenido en la propuesta presentada y que forma parte integral de este contrato, de acuerdo con el programa de ejecución debidamente aprobado por la Junta. (...) 2. Realizar por su cuenta las obras necesarias para el mantenimiento preventivo y curativo del inmueble objeto del contrato de acuerdo a su uso normal. (...) 8. Responder por los costos que se causen por llevar a cabo cada evento en particular, tales como honorarios de artistas, personal técnico y equipo necesarios, policía, bomberos y cruz roja, etc. 9. Asumir la responsabilidad civil extracontractual por los sucesos que se puedan presentar en desarrollo de los espectáculos. 11. Contratar bajo su responsabilidad el servicio de vigilancia particular en las instalaciones, 24 horas al día..." (subraya la Sala).

Así pues, el riesgo de conseguir la financiación para ejecutar el objeto del contrato e, incluso, el del diseño, planificación y ejecución de las obras correspondientes, así como los riesgos derivados de la explotación del bien de uso público en mención, fueron expresa y explícitamente asignados a la sociedad contratista, con lo cual se configura el principal elemento de la concesión, el cual permite identificarla como un negocio financiero, con la

singularidad de que esta especial concesión comparte elementos de las tres modalidades de este género contractual: concesión de obra pública, concesión de servicio público y concesión para la explotación de un bien de uso público; ello se desprende del hecho consistente en que el contrato comprende la obligación, a cargo de la sociedad contratista, de construir las obras públicas necesarias para la adecuación del Coliseo "El Campín" como escenario destinado al cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios públicos encomendados al ente estatal que es su propietario –recreación y deporte, como componentes del derecho a la educación, según lo preceptúan los artículos 52 y 67 superiores–, tal como lo revelan la citada cláusula quinta y también las consideraciones que preceden el clausulado contractual:

"2. Que el arrendatario presenta un plan quinquenal de inversiones en el cual espera recuperar en un término no inferior a 5 años y con el cual se da un adecuado mantenimiento al inmueble que se arrienda dotándolo entre otras de 18.000 sillas, arco central en acrílico, sistema de audio y camerinos, recuperación de palcos y cabinas de transmisión, construcción, adecuación y acabados de locales para comidas rápidas, construcción, adecuación y acabados para gimnasia, sauna, turcos en el sótano, tableros eléctricos, estación y antena receptora de TV, amoblamiento urbano, plan éste presentado en una propuesta".

Lo anterior pone de presente que el contrato en estudio tiene elementos del objeto propio de las concesiones de obra pública y de servicio público; empero, también comporta prestaciones características de la concesión para la explotación de bienes de uso público, como se hace evidente tanto en la ya citada cláusula quinta, como en el otrosí suscrito el día 7 de enero de 1994, en el cual se dejó explícito que el coliseo, que es bien de uso público como suficientemente se explicó, está destinado y ha de destinarse a la prestación del servicio público que constituye su propósito natural, esto es, las actividades recreativas y deportivas por parte de la comunidad:

"Se complementa la cláusula quinta con un nuevo numeral al cual (sic) queda incorporado en los siguientes términos: QUINTA. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DEL ARRENDATARIO. "... 16) Con el fin de que cumpla con el plan de inversión a que se ha obligado por este contrato, EL ARRENDATARIO podrá celebrar toda clase de contratos con terceras personas hábiles y capaces, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, con el único objeto de cumplir el servicio público para el que está destinado el inmueble objeto de este arrendamiento, excepto aquellos contratos que impliquen disposición del dominio" (subraya la Sala).

También hacen parte de las prestaciones propias de un contrato de concesión de servicio público las obligaciones, a cargo del contratista, de realizar espectáculos continuos y de varias categorías; de promover actividades deportivas en favor de la comunidad; de realizar actividades gratuitas para los sectores menos favorecidos y de suministrar boletas gratuitamente a la entidad contratante; de preservar el derecho de las ligas deportivas a que los deportistas realicen sus prácticas en el coliseo –cláusula quinta–; todas estas previsiones desarrollan lo expresado en la cláusula primera en el sentido de que el inmueble

se entrega al contratista con el objeto de que se presenten espectáculos deportivos, culturales y recreativos, según la propuesta presentada, la cual hace parte del contrato.

b. Se acordó que la entidad supervisaría y vigilaría la adecuación física y la explotación del Coliseo "El Campín".

Este segundo elemento esencial del contrato de concesión se encuentra reflejado en estipulaciones contenidas en las cláusulas quinta, sexta, décima segunda y décima cuarta, a saber:

"Quinta: Obligaciones y Prohibiciones del Arrendatario: El arrendatario se obliga a: (...)13. Presentar para que sean troqueladas por la Junta, la totalidad de las boletas para cada uno de los espectáculos que allí se presenten.

(...)

Sexta. Interventoría. La Junta ejercerá la interventoría de las obras a realizar por parte del arrendatario así como la aprobación previa de los planos y proyectos, a través de la División de Construcciones.

(...)

Décima segunda. Suspensión unilateral de eventos: cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados y de acuerdo con la ley, no se pudiere realizar un evento determinado, la Junta podrá ordenar unilateralmente su suspensión, caso en el cual podrá fijarse nuevamente fecha para su realización o suspenderse indefinidamente hasta tanto se restablezcan las condiciones que hagan posible dicho espectáculo.

(...)

Décima cuarta. Supervisión. El presente contrato será supervisado por el Jefe de la División Administrativa de la Junta".

Evidentemente, estas obligaciones de facilitación de las tareas de supervisión a cargo de la entidad contratante son las que corresponden tanto a la naturaleza de uso público del bien objeto material del contrato, como a la destinación al servicio público que es inherente al mismo y superan, en mucho, las habituales posibilidades de vigilancia que podría desplegar un arrendador respecto de la utilización que del bien arrendado lleva a cabo el arrendatario.

c. Se pactó que, con el producido de la explotación del bien, se recuperarían las sumas de dinero invertidas en la readecuación del coliseo, se pagaría el 5% del valor de cada boleta como contraprestación parcial en favor de la entidad y el remanente constituiría la utilidad del contratista.

La referidas estipulaciones se incluyen en la cláusula tercera del contrato, así como en el otrosí suscrito el 7 de enero de 1994, en el cual se indicó que el contratista invertiría la suma de \$ 4.752'000.000 en las obras de adecuación y funcionamiento del coliseo, mismas que iniciaría a partir del momento en el cual se produjese el perfeccionamiento del contrato,

inversión "que [el contratista] espera recuperar dentro del término total de duración del mismo".

La naturaleza de las prestaciones asumidas por las partes y la remuneración convenida en favor del contratista, corresponden a las modalidades previstas en el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 para la retribución del concesionario.

d. Se pactó la reversión de los bienes construidos o adecuados durante la concesión.

Esta prestación consta en la cláusula quinta, así:

"1. Realizar por su cuenta y riesgo todas las obras relacionadas en el plan quinquenal de inversión contenido en la propuesta presentada y que forma parte integral de este contrato, de acuerdo con el programa de ejecución debidamente aprobado por la Junta. Es claro que las obras adelantadas así como las instalaciones y demás suministros y muebles pasarán a ser propiedad de la Junta sin que el Arrendatario pueda alegar mejoras sobre ellos" (subraya la Sala).

Todo lo anterior, se itera, conduce a concluir que las partes celebraron un contrato de concesión que contiene prestaciones propias tanto de una concesión de servicio público –el de la promoción de las actividades deportivas y recreativas lo es, como componente del derecho a la educación, al tenor de lo normado por los artículos 52 y 67 constitucionales, contrario a lo sostenido por la sociedad accionante en el sentido de que tales actividades apenas constituyen un "servicio AL público", con evidente desconocimiento de los postulados constitucionales– como de una concesión de obra pública –para la realización de todas las obras de adecuación del coliseo– y de una concesión para la explotación de un bien de uso público cuya administración y manejo se encuentra normativamente encomendada a la entidad concedente, la cual debía –y podía–, en virtud de las estipulaciones contractuales pero, especialmente, de los expresos imperativos legales en ese sentido –artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993–, ejercer el control y la vigilancia respecto de las obras y actividades asumidas por el concesionario, obras que tras la expiración del plazo contractual pasarían –revertirían– a ser de propiedad de la Junta concedente y cuyo costo, así como la correspondiente utilidad para el concesionario, derivarían de los recursos por él obtenidos como consecuencia de la explotación del coliseo, de forma exclusiva –cláusula primera del contrato– durante el plazo de diez años, pactado como el de duración del negocio –cláusula cuarta–.

Más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado y, consecuentemente, el régimen jurídico que debe serle aplicado, es la presencia de los elementos que determinan la función económico-social del negocio o, en los términos utilizados por el artículo 1501 del Código Civil, de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente; y para la Sala los elementos del contrato número 002 de 1994 celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., son los propios de un contrato de concesión, razón por la cual es el régimen jurídico propio de este tipo negocial el que debieron observar las partes antes,

durante y tras su celebración; el mismo que debe aplicar el Juez de lo Contencioso Administrativo con el fin de desatar el presente litigio.

Para abundar en argumentos que apoyan el esquema de razonamiento que hasta aquí ha seguido la Sala, bien merece la pena traer a colación los razonamientos que ella misma esgrimió, en precedente oportunidad, para desentrañar el contrato de concesión que trasuntaba un negocio al cual las partes, también en aquella ocasión, habían optado por catalogar como de arrendamiento:

"El contrato celebrado entre las partes del proceso fue denominado "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ESTACIÓN DE SERVICIO TERMINAL", y en su cláusula primera se estipuló que su objeto consistía en la entrega de un lote en arrendamiento, por parte de la sociedad Terminal de Transportes de Pereira S.A., al señor Ovidio Echeverri. Adicionalmente, en la cláusula tercera, se previó que el canon de arrendamiento mensual sería de \$125.000.00, y que sería incrementado anualmente en un 10%. Sin embargo, en la misma cláusula primera, se expresó que en el lote debía adelantarse la construcción de una estación de servicio, y en la cláusula séptima se dispuso que el valor de la misma sería sufragado por Ovidio Echeverri. Se estipuló, además, que las mejoras construidas serían de propiedad de éste último, durante el tiempo de duración del contrato, y que, a su terminación, pasarían a ser de propiedad de Terminal de Transportes S.A., la cual no estaría obligada a reconocer suma alguna por ese concepto. Se exceptuaron, únicamente, los surtidores y avisos, que serían entregados por CODIMOBIL a Echeverri en comodato, y devueltos a aquélla posteriormente.

Así las cosas, resulta evidente para esta Sala que el contrato celebrado no correspondía a la descripción típica del arrendamiento, en cuanto su objeto no era la concesión del goce del inmueble, sino la construcción de una obra pública, por el sistema de concesión.

Al respecto, debe precisarse que no cabe duda alguna de que la construcción de la estación de servicio constituía una típica obra pública, ya que la misma estaba destinada a la prestación de un servicio público.

Se concluye, entonces, que el contrato que ocupa a la Sala, en el presente caso, debía regirse por los artículos 81 y siguientes del Decreto 222 de 1983, que regulaban el contrato de obra pública, y, especialmente, por los artículos 102 a 104 del mismo decreto, que se referían a los contratos de obra pública por el sistema de concesión. Se observa, además, que la cláusula contenida en dicho contrato, referida a la determinación de los bienes que, sin reconocimiento de indemnización alguna, debían pasar a ser propiedad de la entidad contratante, a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, constituye una de las estipulaciones obligatorias expresamente previstas en el artículo 104 citado para el último contrato mencionado. Por lo demás, la previsión referida al aplazamiento del inicio del contrato y, por lo tanto, del surgimiento de la obligación de pagar el primer "canon" muestra claramente que no se estaba remunerando el goce del bien, cuya entrega, en cambio, no se condicionó de ninguna manera" (subraya la Sala).

2.5.4.2 La naturaleza jurídica del bien objeto material del contrato No. 002 de 1994 imposibilita jurídicamente la concurrencia en relación con éste de los elementos determinantes de la función económico-social del contrato de arrendamiento.

Según se refirió en el apartado 2.4.2 del presente pronunciamiento, el artículo 174 del Decreto-Ley 1421 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 2537 de 1993, cuyo artículo 1 faculta al Distrito Capital o a sus entidades descentralizadas para entregar en arrendamiento o administración *"los bienes de su propiedad que estén destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte, siempre que el Contratista asegure su cuidado y mantenimiento y su destinación a los mismos propósitos"*, haciendo extensiva dicha previsión *"a los bienes que el Distrito o sus entidades descentralizadas posean, administren o manejen a cualquier otro título y que estén destinados a los objetivos o propósitos antes citados, siempre y cuando no lo impidan los actos en virtud de los cuales el Distrito o sus entidades posean, administren o manejen dichos bienes"*.

El aludido Decreto fue demandado por el Personero del Distrito Capital ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., entre otras razones, por estimar que dicha normatividad resultaba contraria al artículo 63 de la Carta Política, en virtud del cual una de las características consustanciales a los bienes de uso público es su inalienabilidad, por manera que no resulta posible ceder, respecto de ellos, siquiera la mera tenencia; adujo el entonces accionante, además, que la regulación contenida en el acto administrativo general demandado vulneraba el artículo 82 superior, el cual ordena al Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por la destinación de éste al uso común. Pues bien, los argumentos con fundamento en los cuales la Sección Primera de esta Corporación denegó las súplicas de la aludida demanda, de especial interés para el asunto materia de examen en el presente litigio, son, en lo sustancial, los siguientes:

"En esencia, el cargo de violación atribuido al decreto acusado radica en que el Presidente de la República desbordó la potestad reglamentaria de la cual se encuentra investido a través del artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, en la medida en que permite que los bienes de uso público, esto es, aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio puedan ser dados en arrendamiento, lo cual, a juicio de la parte actora y de la coadyuvante, teniendo en cuenta la norma reglamentada, sólo es predicable respecto de los bienes fiscales, es decir, de aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Sobre el particular, esta Corporación considera que no les asiste razón a la parte actora y a la coadyuvante de la demanda, pues ni del texto de la norma reglamentada, ni del de la norma reglamentaria, se desprende que respecto de los bienes que pueden ser dados en arrendamiento o administración para ser destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte incluyan los bienes de uso público, ya que de acuerdo con las mismas, los bienes que para tales efectos se pueden destinar son **los bienes fiscales.**

En consecuencia, al consagrar el decreto demandado que para los fines del artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 se pueden entregar en arrendamiento o administración bienes de su propiedad, refiriéndose al Distrito y a sus entidades descentralizadas, no desborda el marco de la norma que reglamenta, pues los bienes de su propiedad son, precisamente, los fiscales.

Adicionalmente, la Sala advierte que si bien la norma reglamentaria permite que se entreguen en arrendamiento o administración los bienes que el distrito o sus entidades descentralizadas *"...posean, administren o manejen a cualquier otro título..."*, y que estén

destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte, también lo es que dicha entrega la condiciona a que no lo impidan los actos en virtud de los cuales las citadas entidades posean, administren o manejen los mencionados bienes, de donde se desprende que aquélla no está excediendo, con dicha previsión, la norma reglamentada, en la medida en que la entrega en arrendamiento o administración, para los fines tantas veces citados, debe estar prevista en el respectivo acto que le concede al Distrito o a una de sus entidades descentralizadas su administración.

De otra parte, la Sala rectifica la posición asumida en el auto que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el sentido de que se pueden entregar en arrendamiento o administración los bienes de uso público para los efectos previstos en la norma demandada, pues, no obstante que le asistió razón en cuanto afirmó que el entregar en arrendamiento o administración dichos bienes no implica su enajenación, lo cierto es que la norma reglamentada sólo permite que se puedan dar en arrendamiento o en administración los bienes de su propiedad, es decir, los bienes fiscales, previsión que acoge la norma reglamentaria.

En consecuencia, la Sala considera que el acto demandado no transgrede los artículos 674 y 678 del Código Civil y 63 y 82 de la Carta Política, los cuales prescriben, en su orden, que los bienes de uso público son aquellos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público, dado que, se insiste, tanto el artículo 174 que se reglamenta, como el inciso demandado, no apuntan hacia los bienes en cuestión, sino a los bienes fiscales, especie una y otra que hacen parte de los bienes de la Unión (...)

Finalmente, la Sala desea aclarar que lo que aquí se concluye es que con base en lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 y en la norma demandada, los bienes de uso público no pueden ser dados en arrendamiento o administración para la práctica de la recreación masiva o el deporte, como así lo entendió la norma reglamentaria, sin que ello descarte que, con fundamento en otras disposiciones legales, pueda ser posible el arrendamiento de los mismos." (Se subraya y destaca)" (subrayas fuera del texto original).

Los planteamientos expresados por la Sección Primera de esta Corporación –los cuales en la presente oportunidad la Sala prohíja y reitera–, se apoyan en el análisis de uno de los elementos del contrato de arrendamiento que fueron examinados en el apartado 2.5.3.1 del presente pronunciamiento, en el sentido de que, por virtud de la regulación que el ordenamiento efectúa respecto de dicho tipo negocial, el arrendador adquiere, entre otras, la obligación de librar al arrendatario de toda perturbación en el goce del bien –artículo 1982 C.C.–, habida cuenta de que dicho arrendatario tiene exclusividad en el uso de la cosa arrendada dentro de los parámetros fijados en el mismo acto contractual, pues si bien reconoce dominio ajeno, es titular de la tenencia y se encuentra investido de una situación jurídica de carácter real –la cual, en circunstancias como la de los arriendos de larga duración, como el del caso *sub examine*, podría incluso catalogarse como un auténtico derecho real, con base en las razones precedentemente expuestas– que le permite defender

su situación jurídica *exclusiva* de las intromisiones no deseadas por parte de terceros o, incluso, del mismo arrendador.

Lo expuesto evidencia con claridad que el arrendamiento es un negocio jurídico propio del tráfico civil o comercial que, por su naturaleza, colide abiertamente con el carácter de uso público que corresponde a un bien sobre el cual pretende recaer un contrato de esta índole, pues el uso y goce exclusivo en cabeza del arrendatario impediría, *per se*, la utilización colectiva propia de tal clase de bienes, con lo cual se desnaturalizaría su afectación o destino jurídico, se desviaría su finalidad comunitaria hacia los intereses del particular que lo explota en su propio beneficio, más aún en casos como el que ocupa la atención de la Sala en el *sub judice*, en el que la calidad de comerciante del arrendatario lleva consigo el ánimo de lucro propio de tal actividad, con evidente lesión de intereses colectivos, tutelados por normas de orden público.

Admitir la posibilidad de que los bienes de uso público puedan ser susceptibles de convertirse en objeto material de un contrato de arrendamiento supondría soslayar el mandato contenido en el artículo 63 de la Carta, el cual determina que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables y si, como ya se dijo, tal inalienabilidad comporta el que los aludidos bienes se encuentren fuera del tráfico civil y mercantil, resulta censurable la celebración de negocios jurídicos en contravía de tal disposición; tales negocios se encuentran prohibidos y, en caso de ser celebrados, resultarían violatorios de normas de orden público, con lo cual quedarían afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, además de que transgredirían lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 9ª de 1989, en la medida en que conllevarían una desafectación velada del respectivo bien de uso público, pretermitiendo así los requisitos y el procedimiento que a tal efecto prevé la citada disposición.

Similares argumentos sirvieron a esta Sala para precisar la postura que en algún momento pareció sostener la Corte Constitucional en el sentido de que el de arrendamiento es un tipo contractual de posible utilización en relación con bienes de uso público; en aquella oportunidad la Sala, a través de la exposición que se reproduce *in extenso* a continuación, comoquiera que aporta elementos adicionales con fundamento en los cuales se rebaten las aseveraciones de la sociedad accionante en el *sub judice* en el sentido de que el contrato de arrendamiento de bienes como el coliseo cubierto "El Campín" no sólo no estaría prohibido sino que estaría expresamente avalado por el ordenamiento jurídico, esta Sala, se insiste, ilustró la incompatibilidad jurídica que existe entre las antes explicitadas particularidades de los bienes de uso público y los elementos estructurales del contrato de arrendamiento:

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

Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por

la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita.

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

Ahora bien, la sociedad arrendataria apoya su oposición a la demanda en el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

"En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el "fin" que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado. En el mismo sentido, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de "áreas de espacio público, ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley."

En principio podría aceptarse que la Corte Constitucional estima viable jurídicamente el arrendamiento de bienes de uso público destinados a la recreación y el deporte; sin embargo en el mismo fallo en donde unificó criterios en materia de tutela, expresó:

"Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, - atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos-, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad." (Se destaca y subraya).

En consecuencia, el denominado "contrato de arrendamiento" por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la

comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento "no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien".

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

(...)

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

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas" (cursivas fuera del texto original; subrayas y negrillas en él).

En conclusión, las particularidades propias de los bienes de uso público impiden que ellos puedan constituirse en objetos materiales de un contrato de arrendamiento, pues la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo de determinadas personas –menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares– torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento, cual es el referido a que el precio que paga el arrendatario lo entrega al arrendador a cambio de que se le conceda el uso y goce exclusivo de la cosa arrendada. En la medida en que esa exclusividad resulta insostenible jurídicamente cuando se trata de bienes de uso público, es evidente que éstos no pueden constituirse en objeto material de contratos de arrendamiento. Razón de más, si cabe, para insistir en que el contrato No. 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente proceso, jurídicamente NO puede ser de arrendamiento, aunque tal hubiera sido el *nomen* que, en su momento, le atribuyeron las partes y, por tanto, si en realidad dicho contrato hubiere correspondido al tipo de arrendamiento necesariamente la Sala habría debido declararlo nulo, de nulidad absoluta, en cumplimiento de las disposiciones consagradas en tal sentido tanto en el artículo 45 de la Ley 80 como en el artículo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, regulación que en lo general coincide con las previsiones consagradas en el artículo 1742 del Código Civil.

2.6 La legalidad de los actos administrativos demandados.

2.6.1 Cuestión previa: naturaleza jurídica de la demandada comunicación número 0739 de fecha abril 7 de 1994, expedida por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Santafé de Bogotá.

Según se refirió en el apartado 2.3 del presente pronunciamiento, obra en el expediente el original del oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994, suscrito por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, D.C., dirigido al entonces Gerente de Coinverpro Ltda., escrito que fue incluido entre los demandados por la sociedad accionante en el libelo introductorio de la litis y cuyo texto se reproduce, nuevamente, a continuación:

"Señor

LUIS EDUARDO LOPEZ LOPEZ

Gerente Compañía de Inversiones

y Proyectos COINVERPRO Ltda.

Ciudad

Apreciado señor:

Teniendo en cuenta lo resuelto en la Resolución No. 0089 del 23 de febrero de 1994, lo cual se confirmó mediante acto No. 0183 del 29 de marzo del mismo año, notificadas en debida forma, y encontrándose por tanto ejecutoriadas, comedidamente le solicito disponer lo conducente (sic) para la entrega del Coliseo Cubierto "El Campín".

Con el fin de lograr la restitución del Coliseo, que es un bien de uso público, se concede un término de tres días, contados a partir del recibo de la presente comunicación.

Cordialmente,

(Firmado)

CARLOS SOTOMONTE AMAYA

Director Ejecutivo (e)" (fl.13, c. 2).

Bien averiguado tiene el derecho administrativo, desde hace bastante tiempo, que el acto administrativo es la manifestación unilateral de voluntad proferida por quien ejerce funciones administrativas, destinada a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, a producir efectos jurídicos; quiere ello significar que solamente las manifestaciones de voluntad administrativa *que revistan contenido decisorio*, vale decir, que produzcan efectos jurídicos, constituyen actos administrativos susceptibles de ser atacados ante el Juez de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 84, 85 u 87 del C.C.A.; en relación con este asunto, ha sostenido la jurisprudencia:

"De este modo, se parte de la premisa diseñada por la consideración de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la **voluntad** de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general,

impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

(...)

La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos inter-orgánicos, tal como lo enseña el profesor Cassagne, quien sobre el tópico en cuestión ha efectuado las siguientes aseveraciones:

"En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que **genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto.**"

"(...)

"En suma, el dato del carácter directo del efecto ha de vincularse a un destinatario ajeno a la Administración, por cuya causa sólo se concibe la existencia del acto administrativo cuando sus efectos alcanzan la esfera jurídica de los administrados o terceros afectando la relación jurídica sustancial que los vincula." (destacado por fuera del texto)" (énfasis en el texto original).

Así conceptualizado, el acto administrativo resulta plena y fácilmente deslindable de las *operaciones administrativas* desplegadas por la autoridad que adopta la decisión, con el propósito de ejecutar el contenido de la misma una vez ésta ha adquirido firmeza y con ella, al quedar la decisión acompañada de la presunción de legalidad como corolario del privilegio de la autotutela declarativa de la cual se encuentra investida la instancia autorizada para proferir actos administrativos, de la posibilidad de materializar aquello que el acto administrativo decide, incluso contra la voluntad del destinatario de la determinación, con la alternativa de ejercer los poderes coercitivos previstos en el ordenamiento jurídico al efecto, entre los cuales se incluyen la ejecución por el propio administrado o el cumplimiento de lo decidido con el apoyo de la Fuerza Pública –artículos 62, 64 y 65 del C.C.A.–. La aludida distinción entre acto y operación administrativa constituye un asunto plenamente decantado en la jurisprudencia de esta Corporación:

"El acto administrativo es la declaración de voluntad de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, capaz de producir efectos jurídicos.

A la luz de la doctrina el contenido del acto se traduce en una decisión, en una certificación o registro, o en una opinión o concepto, este último excepcionalmente se puede considerar como tal por razón de su obligatoriedad.

Por su parte, la operación administrativa es la actividad material de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos. Hacer efectivo su cumplimiento.

En el presente caso la fuente directa del perjuicio es el acto que ordenó la demolición; y sería la operación cuando excede lo ordenado en el acto. Se aparta de éste o se cumple sin su ejecutoria, lo cual no se deduce de lo alegado en la demanda".

Pues bien, mediante el demandado oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994, el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá se limitó a poner de presente al Gerente de Coinverpro Ltda., que las resoluciones mediante las cuales se declaró unilateralmente terminado el contrato número 002 de 1994 se encuentran ejecutoriadas y a requerir, en consecuencia, la restitución del coliseo cubierto "El Campín" a la entidad contratante, cuestión ésta para la cual se confiere a la sociedad contratista un plazo de treinta días.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que, efectivamente, en el momento en el cual se expidió el oficio en comento la resolución número 0089 del 23 de febrero de 1994, mediante la cual el Director Ejecutivo de la entidad demandada dio por terminado unilateralmente el contrato número 002 de 1994 y ordenó la restitución del coliseo "El Campín" se encontraba ya ejecutoriada –pues adquirió firmeza el día 29 de marzo de la misma anualidad, fecha en la que se notificó personalmente la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los mencionados actos (fl. 216, c. 2)– en virtud de lo normado por el artículo 62-2 del C.C.A., no puede menos que concluirse que el oficio en cuestión carece de contenido decisorio alguno, pues es bien sabido que desde el día siguiente a aquél en el cual el acto administrativo queda en firme –en el presente asunto, desde el 30 de marzo de 1994–, la autoridad que adoptó la decisión queda facultada –y a la vez obligada– a ejecutar el contenido de la determinación que adoptó; por tanto, el plazo de treinta días concedido en el demandado oficio de fecha 7 de abril de 1994, no crea, no extingue y no modifica situación jurídica alguna; carece de contenido decisorio –la decisión ya había sido adoptada en las dos resoluciones mencionadas y las mismas podían ser ejecutadas una vez que adquirieron firmeza–; consecuentemente, la multicitada comunicación debe entenderse como parte de la operación administrativa adelantada por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá con el propósito de hacer cumplir las aludidas decisiones que había proferido, las cuales están acompañadas de la presunción de legalidad y de carácter ejecutivo y ejecutorio.

Por consiguiente, toda vez que el demandado oficio número 739 de fecha 7 de abril de 1994, expedido por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, no constituye un acto administrativo, la Sala se declarará inhibida para efectuar pronunciamiento alguno en punto a su legalidad.

2.6.2 La facultad de terminación unilateral del contrato estatal consagrada en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

En relación con este asunto, la Sala reiterará los planteamientos que en ocasiones anteriores efectuó con ponencia del Magistrado que funge como ponente del presente pronunciamiento, para insistir en que

"... al regular de manera especial los contratos que celebran las entidades estatales, el legislador ha determinado, a través de muy variados eventos y con importantes diferencias en cuanto a sus efectos, la procedencia de la terminación o finalización de la respectiva relación por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante.

Esas diversas previsiones legales permiten identificar la terminación unilateral de los contratos estatales como un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, como es natural, participan de ciertas notas comunes sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que, a la vez, son muchas y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

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 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, comoquiera 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.

Sin embargo, como ya se dejó señalado, las referidas especies del género de la terminación unilateral de los contratos estatales también se diferencian significativamente entre sí,

cuestiones que fácilmente se pueden derivar de los aspectos propios de cada una de ellas y que, de manera resumida en cuanto a los más destacados, se presentan a continuación:

2.6.2.1.- La terminación unilateral propiamente dicha encuentra su regulación básica y fundamental en los artículos 14 y 17 de la Ley 80.

De conformidad con dichas disposiciones legales, es posible precisar que la misma se encuentra consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley (artículo 14-1, Ley 80), consistentes en tener "... *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*".

Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene "... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ...*" de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados 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, comoquiera que en estos dos (2) últimos 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 las 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*".

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.

Tales causales, recogidas en el también citado artículo 17 de la Ley 80, son las siguientes:

"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.

"Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación".

2.6.2.2.- La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas.

Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) "*... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*"; por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera 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).

2.6.2.3.- La terminación unilateral de que trata el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80. La norma legal en cita dispone, de manera imperativa, que el jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal contratante debe dar por terminado el contrato estatal, cuando respecto del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales **1º, 2º y 4º** del artículo **44** de ese mismo estatuto contractual.

Así reza el referido artículo 45 de la Ley 80:

"Artículo 45. De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

"En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre".

La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas.

Acerca del ejercicio de la potestad de terminación unilateral de los contratos estatales por parte de la Administración, en los eventos de nulidad absoluta del contrato, la Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en Sentencia T-1341 de 2001, sostuvo lo siguiente:

"En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.

"Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando".

Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

En virtud del principio de legalidad, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **"la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses**

generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse".

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente:

"(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que "...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), **es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador**".

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)" (la negrilla no es del texto original).

La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal".

2.6.2.4 El cuestionamiento que respecto de la constitucionalidad de esta potestad administrativa formula el demandante.

Según se refirió en el acápite de antecedentes, el apoderado de la parte actora censuró la constitucionalidad de la potestad conferida a las entidades públicas por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 para terminar unilateralmente el contrato cuando concurren las causales de nulidad absoluta en dicho precepto expresamente consignadas; en criterio del apelante, la referida potestad conlleva el desconocimiento del principio de separación de poderes, estructural en un Estado de Derecho, habida cuenta de que comporta la asunción de competencias del resorte exclusivo de los jueces, por parte de autoridades de naturaleza administrativa; además, señala el impugnante que la atribución en comento transgrede el artículo 29 constitucional en la medida en que autoriza a la entidad pública que ejerce la potestad aludida, para declarar terminado unilateralmente el contrato sin que siquiera se escuche de manera previa al contratista, con evidente desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa que a éste le asiste.

Toda vez que en el evento de encontrar asidero los planteamientos del recurrente, el Juez del contrato debería inaplicar la previsión contenida en el citado inciso segundo del artículo 45

de la Ley 80 de 1993, dando curso a la operatividad de la denominada excepción de inconstitucionalidad, que nada distinto supone a acatar lo normado por el artículo 4 superior en punto a la supremacía de la Carta Política en el ordenamiento jurídico interno, despachará la Sala los argumentos esgrimidos por el censor retomando las tesis que en ocasiones anteriores ya ha expuesto, con ponencia del Magistrado que hace las veces de ponente en el presente pronunciamiento, con el fin de clarificar las diferencias existentes entre la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad absoluta del mismo:

"... si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.

Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se *hallarían si no hubiese existido el contrato nulo* (artículo 1746 C.C.).

Esas diferencias permiten advertir también que mientras la terminación unilateral del contrato estatal, incluso con fundamento en alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, únicamente resulta procedente o viable en cuanto el respectivo contrato se encuentre vigente, por la sencilla pero potísima razón de que no es posible dar por terminado un contrato que previamente ya ha finalizado; por el contrario, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal perfectamente puede adoptarse –e incluso solicitarse–, con posterioridad a la terminación del mismo.

Además, la declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal, por parte de la entidad contratante, en razón a la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato; por el contrario, de ninguna manera podría concebirse, siquiera, la posibilidad de que un contrato que hubiere sido declarado judicialmente nulo, con posterioridad a tal decisión judicial pudiese ser objeto de terminación unilateral por parte de la entidad estatal contratante.

Lo anterior permite poner de presente que si bien al declarar la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, el jefe o representante legal de la entidad contratante examina y verifica la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo cierto es que él no realiza un examen acerca de la validez del contrato ni su pronunciamiento tiene alcances o efectos sobre esos aspectos reservados al juez del contrato.

Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.

A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada.

Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la misma Ley 80, al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, "*ex nunc*", mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir que está llamada a generar efectos "*ex tunc*".

Las evidentes diferencias existentes entre la terminación unilateral del contrato en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y la declaración judicial de

nulidad del mismo, según se ha expuesto, descartan que el Legislador, a través de la inclusión de la anotada potestad en el Estatuto General de Contratación Estatal, hubiere transgredido el principio constitucional de separación de poderes, previsto en el artículo 113 superior, confiriéndole atribuciones jurisdiccionales a autoridades administrativas en materias en las cuales la Carta no lo autoriza. Como se viene de explicar, la atribución en comento en manos de la Administración constituye apenas una prerrogativa más de poder público que el Legislador, dentro de su margen de libertad de configuración en la materia, ha decidido entregar, junto con otras, a las entidades estatales, todo en consideración a la preeminencia y salvaguarda del interés general como principio que informa la actividad contractual de las mismas y en el cual se sustenta, a su vez, la función de dirección, control y vigilancia de la referida actividad contractual que tienen a su cargo.

El acto administrativo que en ejercicio de la cuestionada facultad se profiere, en consecuencia, se halla plenamente sometido al control judicial posterior por parte del Juez del contrato, en cuya órbita se mantiene incólume, por tanto, la atribución constitucional de decisión posterior y definitiva en torno a la validez del convenio; en ese orden de ideas, el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 tan sólo establece, en un supuesto adicional a muchos otros en los cuales así lo hace el ordenamiento –en general, siempre que se faculta para la expedición de actos administrativos, a través de los cuales la Administración dice el Derecho para los casos concretos, pero no de manera definitiva, sino provisoria, sujeta a posterior pronunciamiento jurisdiccional, aunque con la firmeza suficiente para ejecutar lo decidido en sede administrativa gracias a la presunción de legalidad y al carácter ejecutivo y ejecutorio que acompaña a los actos correspondientes– el privilegio de la decisión previa en manos de la Administración.

Ese privilegio de decisión previa que se atribuye a la Administración, corolario del privilegio de la autotutela del cual se la inviste en el Estado de Derecho –y que suele oponerse al rasgo de la "heterotutela", como inherente a las relaciones jurídicas trabadas entre particulares–, adicionalmente, no es extraño que el ordenamiento jurídico colombiano lo ponga al alcance de las autoridades administrativas para que éstas puedan pronunciarse previamente respecto de la conformidad a derecho de su propia actuación y/o de sus propias determinaciones; piénsese, en tal sentido, en la facultad de revocatoria directa de los actos administrativos cuando los mismos incurren en manifiesta contradicción con la Constitución o con la ley –artículo 69-2 del C.C.A.–: en tal evento, en claro paralelismo con lo normado por el referido artículo 45 de la Ley 80 de 1993, se ha atribuido a la Administración la facultad de llevar a cabo un examen de puro Derecho en torno a la juridicidad de sus propias decisiones, con la posibilidad de revocarlas *motu proprio* y sin que tal decisión constituya un pronunciamiento jurisdiccional; de hecho, nadie discute que se trata de una decisión administrativa plenamente sometida al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así pues, las razones que se acaban de exponer permiten evidenciar la falta de fundamento que afecta los planteamientos formulados por la sociedad accionante en punto a la supuesta contrariedad con el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, en relación con la potestad de terminación unilateral del contrato en virtud de lo normado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, estima

oportuno la Sala expresar su preocupación en torno a una particular comprensión respecto de la manera en que debe ser ejercida la potestad mencionada, la cual podría comportar el desconocimiento de la garantía, también de estirpe constitucional, del debido proceso, si se admite, como lo aduce la sociedad accionante, que la terminación unilateral del contrato puede ser decidida, en los supuestos encuadrables en el mencionado artículo 45 del Estatuto Contractual, de plano, sin audiencia del contratista y sin actuación alguna previa al proferimiento del acto administrativo correspondiente.

A este respecto, la posición asumida por la Corte Constitucional es la siguiente:

"4. Ineficacia de un procedimiento previo a la terminación unilateral del contrato estatal, para permitir el ejercicio del derecho de defensa del contratista, frente a la declaración de una causal de nulidad absoluta en el respectivo contrato.

4.1. La Ley 80 de 1993, en el artículo 45, señala que constituye una potestad del jefe o representante legal de la entidad estatal respectiva dar por terminado unilateralmente el contrato, una vez configuradas en el mismo ciertas causales de nulidad absoluta. Dicha regulación no establece en forma expresa la obligación de adelantar un procedimiento previo tendiente a garantizar el derecho de defensa (y de contradicción) de los contratistas, ante la Administración y en forma previa al ejercicio de esa potestad. Al parecer, la norma estaría afectada por una omisión que desfavorece la garantía del derecho de defensa y contradicción de los contratistas. Sin embargo, la finalidad inscrita en la potestad excepcional aludida y las consecuencias que se derivan para el contrato por razón de las nulidades absolutas señaladas como causantes de su terminación (Ley 80/93, art. 44, num. 1o., 2o. y 4o.) justifican razonablemente la limitación a ese derecho, lo cual se explica así:

4.2. En primer término, la contratación estatal se encuentra al servicio del interés general por cuanto con ella se da cumplimiento a los fines estatales, se prestan los servicios públicos y se satisfacen las necesidades colectivas. De ello, da cuenta el texto del artículo 3o. de la Ley 80 de 1993...

(...)

La protección de ese interés general se ve reflejada en la posición que asumen las partes en el contrato estatal. En este sentido, se reconoce una primacía a la Administración a través de ciertos privilegios con respecto del contratista, lo que conduce a conformar una relación contractual en la cual no impera el principio de igualdad de las partes contratantes, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado.

(...)

En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o promoviendo el afianzamiento de una atentado contra la regularidad jurídica,

desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ella la actividad contractual.

Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vician el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando.

4.4. El ejercicio del derecho de defensa del contratista a través del agotamiento de un procedimiento previo a la adopción por parte de la Administración de la decisión de terminación unilateral del contrato estatal que los une, es ineficaz jurídicamente.

En efecto, si como se señala, la potestad excepcional referida es fruto de la configuración de una determinada causal de nulidad absoluta con ocasión de la celebración del contrato, es evidente que en la constitución de ese vicio grave tuvo injerencia la conducta de quienes participaron en dicho acto, es decir de las partes, por la violación de normas de orden público, las cuales no permiten disposición alguna y presentan unas consecuencias específicas. De manera que, cualquier tipo de controversia que se llegare a admitir preliminarmente al ejercicio de esa potestad excepcional, tendría como único referente el cuestionamiento que se propone hacer la Administración a la validez jurídica del contrato.

Pero, ¿por qué la Sala considera que las alegaciones de defensa del contratista tendrían tal connotación? Porque el respeto que se exige a un debido proceso administrativo para ejercer la defensa y contradicción ante la Administración en la oportunidad que se analiza, en este preciso caso no lleva envuelta la garantía de la protección y realización de otros derechos fundamentales por ella desconocidos. Por el contrario, la defensa que pudiere adelantarse está referida a derechos de orden legal claramente derivados de la relación contractual, respecto de lo cual existen las respectivas acciones y procedimientos que permitan satisfacer esa finalidad.

El procedimiento previo a la toma de la decisión de la finalización anticipada del contrato estatal no es viable para conseguir la realización objetiva de los derechos sustanciales que pueda alegar el contratista, porque el debate de los aspectos y situaciones específicas atinentes a la vigencia y ejecución del contrato, como sería *v.gr* la existencia de las situaciones fácticas configuradoras de las causales de nulidad absoluta argumentadas por la entidad estatal, la atribución de una responsabilidad por la formación del vicio, con las connotaciones jurídico económicas que esto tiene, entre otros aspectos, para su definición de fondo constituyen materia de la competencia exclusiva del juez del contrato.

Ahora bien, una eventual protección del derecho de defensa del contratista se podría hacer exigible, más bien, una vez expedido el acto que termina unilateralmente el contrato, encontrándose suficientemente garantizada a través del requisito de la motivación del mismo como exigencia para su expedición, así mismo con la taxatividad de las causales de

nulidad que lo generan, y con la posibilidad de controvertirlo, primero, ante la Administración mediante el recurso de reposición y, luego, ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la acción contractual de nulidad (Ley 80 de 1993, art. 77)".

4.5. Por consiguiente, resulta razonable constitucionalmente que el jefe o representante legal de la respectiva entidad contratante, una vez detecte la configuración de la causal de nulidad absoluta, proceda a dictar un acto administrativo que decrete la terminación del contrato viciado de nulidad y ordene la liquidación del mismo en el estado en que se encuentra. Así, el ejercicio de la potestad excepcional supondría el cumplimiento de un deber legal destinado a concurrir con la vigilancia de la efectividad y vigencia material del orden constitucional y legal, impidiendo que éste se siga subvirtiendo con los efectos negativos de un contrato viciado de nulidad absoluta.

Lo anterior no supone una habilitación para que la Administración pueda actuar subrepticamente, acudiendo a engaños o a actuaciones que desconozcan de forma alguna el principio de la buena fe que debe regir las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas (CP, art. 83). De ahí que sea imperioso que la Administración desarrolle la actividad necesaria para que el respectivo contratista conozca su propósito de dar por terminado el contrato de forma unilateral, sin que esto converja en el desarrollo de un procedimiento en el cual deba debatirse la utilización o no de la potestad excepcional por la Administración, para decretar la terminación unilateral del contrato por las causales de nulidad absoluta varias veces aludidas".

No obstante provenir de la Corte Constitucional, no puede la Sala compartir las anteriores aseveraciones. Para el derecho administrativo colombiano actual constituye prácticamente un lugar común sostener que en el procedimiento administrativo formalizado —es decir, en el que debe seguirse por la Administración antes, durante y después de la adopción de decisiones contenidas en actos administrativos— son claramente diferenciables —y están debidamente reguladas en la ley— una etapa anterior a la expedición del acto —actuación administrativa previa— y una —o más, según que se incorporen, o no, dentro de la misma, las posibilidades de impugnación, la publicitación y la materialización de lo decidido— posterior, consistente en permitir a los administrados controvertir, aún en sede administrativa, la manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos que les conciernen, antes de que la misma sea ejecutada —vía gubernativa—.

Empero, hasta antes de la entrada en vigor del Decreto 01 de 1984, brillaba por su ausencia la regulación de la actuación administrativa a observar con anterioridad a la expedición del acto administrativo, pues el Decreto 2733 de 1959 regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, omitiendo referirse al procedimiento de formación de la decisión; con el advenimiento del citado Decreto 01 de 1984, el derecho positivo colombiano señaló la obligatoriedad, para la Administración, de instruir un expediente que convierta el procedimiento administrativo previo a la toma de la decisión en un escenario verdaderamente participativo, al que puedan concurrir no sólo aquellos que podrían verse directamente afectados con el contenido de la determinación, sino los terceros interesados en las resultas de un trámite en particular y con el fin de que, a unos y a otros, se les garanticen el debido proceso y el derecho de defensa y además con el propósito de que,

también a unos y a otros, *les sea posible concurrir a y colaborar en el proceso de formación de la voluntad administrativa.*

Sin duda la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 y en particular de dos de sus disposiciones —los artículos 29 y 209— constituye una baza fundamental en la progresión que en la referida dirección ya venía evidenciándose, de manera que favoreció la consolidación del procedimiento administrativo como un espacio aún más propicio para garantizar la protección de los intereses generales y particulares, porque resultaba injustificable que en materia judicial se garantizaran, sin ambages, el derecho de defensa y el debido proceso, mientras que, en materia administrativa, tan caras garantías no tuvieran reconocida tal entidad, al menos no con la claridad que era deseable.

Lo anterior, de todas formas, no puede hacer perder de vista que el debido proceso administrativo debe coexistir con la necesidad y la obligación, a cargo de la Administración, de asegurar la efectividad de los principios de eficiencia, de economía, de celeridad y de eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo, con miras a la satisfacción del interés general, circunstancia que le impone, en su cotidiano quehacer, la carga de llevar a cabo una adecuada ponderación entre tales intereses y propósitos, en aras de obtener una óptima gestión de lo público, en el marco de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales. En la dirección anotada, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

"Lo anterior explica por qué, pese a que nuestro CCA reguló de modo general, los procedimientos administrativos, la administración -en algunas épocas y en determinados casos- impuso sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, y, en todo caso, se limitó a la observancia de aquellos derechos contemplados expresamente en el CCA, olvidando otros que, si bien no explicita dicho código, integran, sin duda, la aludida garantía.

Este estado "prebecariano" del procedimiento administrativo sancionador, fue superado de manera plena con la nueva Carta Constitucional –art. 29–, aunque su desarrollo y determinación concretos debe hacerse caso por caso, para definir adecuadamente el espacio de cada uno de los derechos propios del debido proceso, aplicables en materia administrativa.

En este sentido debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé– que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues "... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...". De otro lado, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir "... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...".

Agrega este autor que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la

equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública.

(...)

Lo anterior impone como desafío y tarea de la jurisprudencia administrativa, y también de la doctrina, para los próximos años, determinar el espacio propio y adecuado del derecho al debido proceso en cada uno de los diferentes -y también disímiles- procedimientos gubernativos, pues de eso dependerá el nivel de racionalidad administrativa que penetre en cada uno de ellos» (subrayas fuera del texto original).

A los enunciados argumentos de índole constitucional, doctrinal y jurisprudencial, al menos dos razones más pueden aportarse con el fin de justificar que, también tratándose del ejercicio de la facultad de terminar unilateralmente el contrato en virtud de lo normado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, debe respetarse el debido proceso y, consecuencialmente, por lo menos, garantizarse la audiencia del contratista antes de la adopción de la respectiva decisión: en primer lugar y si se razonare *ad absurdum*, se tendría que, de admitirse la tesis de la Corte Constitucional en esta materia, entonces en ningún caso en el cual la Administración debiere llevar a cabo análisis "de puro Derecho" con el propósito de adoptar sus decisiones, resultaría necesario adelantar una actuación administrativa previa al proferimiento del respectivo acto, lo cual cobijaría, por ejemplo, los eventos en los cuales se pretendiere ejercer la facultad de revocatoria directa de un acto administrativo por considerarlo contrario a la Constitución o a la ley –facultad prevista en el artículo 69-1 C.C.A. y que, como se ha visto, guarda evidentes similitudes con la contemplada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993–, puesto que según tal argumentación no sería necesario agotar el procedimiento ni obtener el consentimiento del titular de la situación jurídica de la cual se trate, a pesar de que existen normas expresas que así lo exigen en el Código Contencioso Administrativo –artículos 73 y 74 C.C.A.–, las cuales no hacen cosa diferente que concretar, en los procedimientos administrativos, la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 constitucional.

Y, en segundo término, existen contundentes razones arraigadas en el derecho positivo –a través de preceptos que constituyen preciso desarrollo de los artículos 29 y 209 superiores– que tornan imperativo garantizar, cuando menos, la audiencia del contratista, antes de que se adopte la decisión que autoriza el artículo 45 de la Ley 80: evidentemente el artículo 77 de ese mismo cuerpo normativo preceptúa que *"en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales"*. Tal remisión a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo comporta la obligatoriedad de observar, en las actuaciones contractuales, las exigencias que este último Estatuto formula en cuanto a la instrucción de actuaciones administrativas de oficio, modalidad de actuación que regularmente debe conducir a que se declare unilateralmente terminado el contrato con base en lo normado por el artículo 45 de la referida Ley 80.

Así pues, debe aplicarse en esta materia lo establecido por el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, disposición del siguiente tenor literal:

"Artículo 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35" (subraya la Sala).

En el anterior orden de ideas, nada relacionado con "*la finalidad y los principios*" de la Ley 80 hace pensar que los mismos resulten incompatibles con la regulación que el Código Contencioso Administrativo efectúa de las actuaciones administrativas de oficio; al contrario, entre los principios y las finalidades del Estatuto Contractual también se encuentran el de transparencia y los demás que rigen la función administrativa –artículo 23 *ibídem*–, entre ellos, sin lugar a la menor hesitación, el debido proceso; ahora bien, tampoco se trata de exigir a las entidades estatales la instrucción de complejas actuaciones previas a la adopción de la decisión que se comenta; por eso el artículo 28 C.C.A., preceptúa que las exigencias que formula en relación con las actuaciones administrativas iniciadas de oficio se aplicarán, **en lo pertinente**, junto con las reglas de los artículos 14, 34 y 35 *eiusdem*.

Por tanto, tratándose de un examen eminentemente jurídico el que debe realizarse a efectos de dilucidar si procede, o no, terminar unilateralmente el contrato por encontrarlo incurso en alguna de las causales de nulidad absoluta contempladas en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, razonablemente bastará con que se comunique el inicio de la actuación administrativa correspondiente al contratista, para garantizarle su derecho de audiencia y que se le brinde una oportunidad real para ser oído, a continuación de lo cual puede procederse a adoptar la determinación que corresponda. Pero la omisión de esta mínima garantía procedimental, sin duda, puede comprometer la legalidad de la decisión que posteriormente se adopte.

2.6.2.5 Causales que dan lugar al ejercicio de la facultad y alcance de la causal prevista en el artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993.

Tal y como lo ha sostenido la Sala en precedentes ocasiones, con ponencia del Magistrado que ha tenido a su cargo la tarea de elaborar la ponencia para la discusión del presente pronunciamiento, la nulidad como negación de la validez,

"... es la carencia de valor legal de un acto jurídico, derivada de la ausencia o pretermisión de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad ha de entenderse como la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa, pero interesa, para el asunto que se debate, la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento y constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato cuando quiera que se compruebe la existencia de hechos que dan lugar a ella.

Así el legislador, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por trasgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y determinan la desaparición de sus efectos jurídicos.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

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

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

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

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21480 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".

La norma pretranscrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

El artículo 6º del C.C., establece: *"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.*

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos, en materia civil, el artículo 1741 prescribe lo siguiente: *"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas..."*

De otra parte, el artículo 1519 de la misma codificación dispone: *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto;* norma que se complementa con lo establecido en el artículo 1521, a cuyo tenor, también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial. Y de conformidad con el artículo 1523 del C.C., hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.

Sucede entonces que en la legislación civil, la nulidad absoluta de tales actos o contratos deviene, entre otras, por la contravención de normas imperativas del ordenamiento jurídico

en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue incorporada expresamente por el régimen de contratación estatal.

Interesa al *sub lite* el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **"se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal"**.

Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: *i*) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y, *ii*) La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja el siguiente pronunciamiento:

"Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, **la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con *i*) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP-, o en relación con *ii*) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... **contra expresa prohibición constitucional o legal.**" **Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente**" (negritas fuera del texto original).

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no

puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas.

Ahora bien, resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

El artículo 24-8 de la Ley 80 reza así:

"Las autoridades no actuarán con abuso o desviación de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en esta ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto" (subrayas fuera del texto original).

Si bien es cierto que el texto legal transcrito consagra una prohibición expresa y genérica, en cuya virtud se limitó a las autoridades administrativas, de manera categórica, la posibilidad de que en materia contractual actúen con *abuso o desviación de poder*, para la Sala resulta evidente que en aquellos eventos en los cuales se verifique que la celebración del correspondiente contrato estatal estuviere afectada o viciada, precisamente, por *abuso o desviación de poder*, en realidad no se configuraría la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino aquella que recoge el numeral 3º de esa misma disposición legal.

La anterior conclusión encuentra fundamenta en dos razones que la Sala estima suficientes, en el presente asunto, para efectuar la distinción anotada.

En efecto, de un lado resulta claro que el criterio de especificidad obliga a preferir la aplicación de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 3º, por sobre la causal del numeral 2º, ambas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que éste último hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal, al paso que el mencionado numeral 3º se edifica sobre una situación que, para la situación que ahora se analiza, resulta *especial* frente a aquella, puesto que contempla de manera exacta la celebración del contrato *con abuso o desviación de poder*.

De otro lado se tiene que el efecto útil, como criterio de interpretación normativa, también obliga a adoptar esa conclusión, puesto que si se asumiere que en la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, ya estaría inmersa o incorporada la celebración de contratos públicos *con abuso o desviación de poder*, todo porque ese proceder se encuentra expresamente prohibido por la ley en el transcrito numeral 8 del artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, habría que concluir entonces que el también referido numeral 3º del artículo 44, que recoge como causal autónoma de nulidad absoluta de los contratos estatales la celebración de los mismos *con abuso o desviación de poder*, dejaría de generar efectos y nunca habría lugar a su aplicación, todo por la sencilla razón de que cualquiera de los casos que ese numeral contempla deberían tenerse como subsumidos en la causal anterior, esto es en la del numeral 2º.

La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas *no actuarán con desviación o abuso de poder* y no podrán *eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos* en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que puedan considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozcan las prohibiciones expresas que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas también ha de viciar de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato; lo que aquí se examina y discute dice relación, exclusivamente, con la identificación de la causal específica que habrá lugar a invocar y a aplicar en cada caso particular, cuestión que cobra importancia en atención a las facultades que la ley ha otorgado a la Administración, según que se configure una u otra causal.

En efecto, cuando el hecho constitutivo de nulidad enmarca dentro de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44, la propia ley impone al Jefe de la Entidad Estatal el deber de dar por terminado el contrato, de manera unilateral, en el estado en que se encuentre, mientras que si tales hechos resultan constitutivos de la causal prevista en el numeral 3º ibídem, la Administración no podrá ejercer esta facultad y tan solo podrá acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato" .

2.6.3 El procedimiento legalmente previsto para la escogencia del contratista en los contratos de concesión.

El párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 define la licitación pública como "*el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable*"; esta definición legal permite entender la licitación como un procedimiento administrativo conformado por una serie de actuaciones entrelazadas armónicamente entre sí, que provienen tanto de la Administración como de los oferentes, las cuales son de público conocimiento, con el fin de seleccionar, en condiciones de igualdad, la mejor propuesta que satisfaga el interés público.

También se ha definido la licitación pública como un procedimiento administrativo, preparatorio de la voluntad contractual, conformado por un conjunto de actos combinados entre sí, con unidad de efectos jurídicos, el cual tiene como finalidad escoger al contratista más idóneo y que ofrezca las condiciones más favorables para la Administración, dentro de los límites y formalidades fijados por la ley, en protección de la legitimidad de la contratación y del interés público; la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de explicitar la definición, naturaleza, características y finalidad del procedimiento de la licitación pública:

"La licitación es el procedimiento generalmente utilizado. De ella puede decirse, de manera descriptiva, que tiene las siguientes características: 1) Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones. 2) Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es, al pliego de condiciones. 3) De las propuestas la Administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato. 4) El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la Administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones".

Sobre la forma en que debe estructurarse el procedimiento de selección del contratista en la modalidad de licitación o concurso públicos, el Estatuto de Contratación estatal vigente para la fecha de celebración del contrato que aquí se examina estableció, en su artículo 30, las reglas que lo rigen y que, por tanto, resultan vinculantes tanto para la Administración pública como para los participantes en la convocatoria, a la vez que señaló las etapas que deben ser agotadas. Es claro, entonces, que el procedimiento de licitación pública contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato.

Ahora bien, el Estatuto Contractual de las Entidades Estatales impuso, como regla general, la realización de la licitación pública o del concurso de méritos, según el caso, para escoger al contratista de la Administración, regla general cuyas excepciones están constituidas por los supuestos indicados en el artículo 24 de la misma Ley:

"Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Modificado. D. 2150/95, art. 38; Modificado. D. 62/96, art. 1º. Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

(...)

b) Empréstitos;

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro;

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas;

- e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles;
- f) Urgencia manifiesta;
- g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso;
- h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación;
- i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional;
- j) Cuando no exista pluralidad de oferentes;
- k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;
- l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios, y
- m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

(...)

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto" (subraya la Sala).

Por otra parte, los artículos 25 y 29 originales de la Ley 80 evidencian que la licitación pública se concibió como el procedimiento administrativo de selección de contratistas diseñado, por antonomasia, con el fin de materializar los principios de transparencia, igualdad, economía y selección objetiva en la escogencia del contratista; tal la razón por la cual son de orden público las normas que regulan dichos procedimientos de selección, pues las mismas desarrollan imperativos constitucionales como, particularmente, el contenido en el artículo 209 de la Carta; así lo indicó la Exposición de motivos del proyecto de la que habría de convertirse en la aludida Ley 80:

"... el artículo 3 del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia

consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto, consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta, la del interés público" (subrayas fuera del texto original).

En la misma dirección marcha la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha llamado la atención en torno a la circunstancia de que la licitación pública fue concebida por el propio Constituyente como mecanismo a través del cual propender por la materialización de los propósitos a los cuales debe apuntar la actividad contractual de las entidades públicas:

"... la escogencia del contratista mediante licitación o concurso es un sistema que implícitamente es aceptado por nuestra Carta Política. En efecto, el artículo 273 superior a su tenor literal expresa que 'a solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública', norma constitucional que necesariamente debe ser interpretada en el sentido de que el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución de la licitación.

Así pues, nuestra a Carta no presume que todos los oferentes inscritos en el registro que lleva actualmente la Cámara de Comercio tienen el mismo derecho a celebrar el contrato, sino que, por el contrario, presupone que debe 'escogerse' al contratista, y que para ello es factible el procedimiento licitatorio. Así mismo, en la misma norma constitucional precitada se defiere expresamente a la ley el señalamiento de la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas en los casos en que se aplique mecanismo de audiencia pública para la adjudicación de la licitación".

En este orden de ideas, resulta ineludible concluir que la licitación pública *i)* está regulada por normas en las cuales se encuentra interesado el orden público, toda vez que *ii)* está concebida legalmente como el procedimiento que con carácter general debe seguirse con el fin de seleccionar al contratista, dentro del íter de formación del contrato estatal; *iii)* tiene por objeto la selección del proponente que ofrezca las condiciones más ventajosas para los fines de interés público perseguidos con la contratación estatal; *iv)* consiste "*en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la mas ventajosa (adjudicación)*"; *v)* está impuesta en forma obligatoria, salvo en los casos en los cuales expresamente el Legislador ha exceptuado su realización y *vi)* la omisión de su trámite cuando el mismo resulta imperativo, se encuentra prohibida por el ordenamiento que rige la contratación estatal –artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993–, así como por el artículo 16 del C.C., según el cual "[N]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", precepto legal éste en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

"Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de los individuos. No es cosa siempre fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad".

De acuerdo con tales premisas, ha de sostenerse que la licitación pública se encuentra regulada por disposiciones de orden público, incorporadas en el ordenamiento en interés de la colectividad, por manera que en aquellos eventos en los cuales se omita la realización de dicho procedimiento administrativo de selección del contratista, a pesar de no concurrir ninguno de los excepcionales supuestos legales que eximen de la obligatoriedad de dicha exigencia, se incurre en flagrante transgresión de lo normado por los artículos 16 del Código Civil y 24-8 de la Ley 80 de 1993; de ahí que la jurisprudencia de esta Sección haya considerado que la pretermisión del procedimiento de la licitación cuando no existe norma legal expresa que lo autorice, conduce a la invalidez del contrato por incurrir en la causal de nulidad absoluta, prevista en el entonces vigente aparte b) del artículo 78 del Decreto-ley 222 de 1983, de conformidad con la cual el contrato resulta absolutamente nulo "*cuando contravenga normas de derecho público*":

"El procedimiento empleado para la celebración del contrato de concesión de la actividad industrial y comercial monopolizada, se opone abiertamente al decreto 222 de 1983, adoptado por el código fiscal de Córdoba para regular la formación y adjudicación de los contratos, reglamentación que en el art. 29 señalaba que había lugar a la licitación pública para la celebración de los contratos de la administración, siempre que no se permitiera la licitación privada, ni la contratación directa.

En relación con el contrato cuya nulidad se demanda en este proceso, no se presentó ninguno de los casos que permitían la contratación directa, ni la licitación privada. Por consiguiente, la celebración del contrato debió estar precedida de licitación pública y la omisión de tal procedimiento estructura la causal de nulidad absoluta del contrato establecida en el aparte b del art. 78 del decreto 222 de 1983" (subraya la Sala).

Por lo demás, entre los supuestos excepcionales que autorizan prescindir de la obligación de adelantar el procedimiento administrativo de licitación para la esocogencia del contratista –artículo 24 de la Ley 80 de 1993– no se contempla previsión alguna que resulte aplicable al contrato de concesión celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., mismo que, por tanto, ha de entenderse comprendido en la regla general que la aludida disposición contempla; por consiguiente, al haberse celebrado el contrato de concesión en estudio bajo la égida de las disposiciones de la Ley 80, prescindiendo de la licitación como mecanismo obligatorio para seleccionar al concesionario, sin que resultare aplicable una sola de las excepciones que la ley prevé en

dicho sentido, el negocio jurídico así concluido, por las razones expuestas en el presente apartado, se encuentra viciado de nulidad.

2.6.4 Conclusión: la omisión del procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista vicia de nulidad el contrato estatal, más no encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993; en consecuencia, las resoluciones demandadas son ilegales.

Según el texto de los actos administrativos demandados –resoluciones números 0089, del 23 de febrero de 1994 y 0183 del 29 de marzo del mismo año, proferidas por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá–, las razones que adujo la entidad accionada para dar por terminado unilateralmente el contrato No. 002 de 1994 obedecen al vicio de nulidad que –según lo estimó la Administración actuante– se habría configurado al adelantarse la selección del contratista sin acatar del procedimiento administrativo de licitación exigido para la celebración de un contrato de concesión –auténtica naturaleza jurídica del referido contrato número 002 de 1994, según lo establecieron los actos demandados– por la Ley 80.

Con base en lo anterior, la entidad demandada consideró que, en estas circunstancias, el contrato se había celebrado contra expresa prohibición legal y que por tal razón se habría configurado la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80, circunstancia que, de conformidad con lo prescrito por el inciso segundo del artículo 45 de la misma ley, facultaba al jefe de la entidad contratante para declarar la terminación unilateral del contrato y ordenar su liquidación, como en efecto se ordenó.

Las reflexiones precedentemente efectuadas por la Sala en relación con los alcances de la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así como respecto de la incidencia que en la validez del negocio tiene la omisión del procedimiento de selección del contratista previsto en la ley, obligan a concluir que si bien es cierto que en la celebración del aludido contrato No. 0002 de 1994 se pretermitió el procedimiento de selección objetiva y ello dio lugar a la violación de los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal –irregularidad que determina la nulidad absoluta del contrato por violación de normas de orden público y de obligatorio cumplimiento–, no resulta menos verídico que la entidad pública accionada carecía de la facultad consagrada en el segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 para declarar la terminación unilateral del contrato, pues por las razones que ya se han explicado, la pretermisión del procedimiento de selección objetiva de los contratistas no es constitutivo de la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80, comoquiera que la prohibición contenida en el artículo 24-8 *ejusdem* no reúne los requisitos para ser catalogada como una "expresa prohibición legal".

En consecuencia, la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, al expedir los actos administrativos acusados y declarar la terminación unilateral del contrato No. 002 de 1994, por haberse pretermitado el procedimiento de selección objetiva impuesto por la ley, actuó por fuera del ámbito de su competencia al ejercer una facultad que no le había sido atribuida previamente por el ordenamiento, de suerte que las resoluciones así expedidas se

encuentran viciadas de nulidad por falta de competencia funcional; dicha nulidad deberá ser declarada, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido en el libelo introductorio del proceso.

2.7 Examen de legalidad del contrato estatal No. 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda.

2.7.1 La omisión del procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista como causal de nulidad absoluta del contrato.

Resulta importante precisar, como es bien sabido, que el contrato estatal no solo debe reunir los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico para su existencia, sino que además debe nacer en condiciones de validez, la cual ha sido definida por la Sala como la cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta el momento de celebración del contrato.

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos para el efecto en el derecho privado, fuente primigenia de todo contrato, como de aquellos que se encuentran establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a. Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
- b. Causa lícita (ordinal 4)
- c. Objeto lícito (ordinal 3)
- d. Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
- e. Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran.

Por su parte, las normas de la Ley 80 contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: *i)* la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; *ii)* la observancia de los procedimientos de selección del contratista; *iii)* la licitud del objeto; *iv)* la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y *iv)* la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

Según lo explicara en otro lugar el Consejero ponente del presente pronunciamiento, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

"Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, *i)* en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y *ii)* en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
- b).- Ilícitud en el objeto;

- c).- Ilícitud en la causa;
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f).- Celebración del contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y
- j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Como resulta apenas natural, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilícitud en el objeto, la ilícitud en la causa, la incapacidad absoluta, etc.; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

Con fundamento en las anteriores precisiones en punto al catálogo de causales de nulidad absoluta de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano y visto y explicado como está, suficientemente, en el presente proveído, que al tratarse el contrato número 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., de un negocio jurídico de concesión y que la selección del contratista en este caso no se llevó a cabo siguiendo el procedimiento administrativo de licitación que para la escogencia de concesionarios demanda la normatividad contenida en la Ley 80, queda evidenciado que el contrato estatal en mención adolece de uno de los elementos necesarios para su validez, en cuanto no se observó el procedimiento que la ley imponía para la selección del contratista; a su turno, tal circunstancia da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil –incorporada

en el Estatuto Contractual del Estado por virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80, según se explicó—, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, concretamente, de la prohibición general que contiene el numeral 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas.

2.7.2 La potestad jurisdiccional de declarar oficiosamente la nulidad del contrato estatal.

Tal y como lo expresara esta Sala, con ponencia del Magistrado que funge como ponente del presente pronunciamiento, aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades que le han sido otorgadas por la ley.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que "*la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ...*"; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que "*[E]l juez administrativo queda facultado **para declararla de oficio** [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes*"

Igualmente el artículo 1742 del Código Civil ordena: "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;...*".

En relación con la potestad del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que puede ejercerla al dictar el fallo "*en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso*".

Bajo estos lineamientos y teniendo en cuenta que ha sido plenamente demostrado que el contrato No. 002 de 1994 se encuentra viciado de nulidad absoluta, por las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes respecto de la pretermisión del procedimiento administrativo de la licitación que la Ley 80 impone como obligatorio para la selección de contratistas tratándose de contratos estatales de concesión, así como también habida cuenta de que concurrieron al proceso las dos partes que celebraron el referido negocio, esto es, la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y la sociedad Coinverpro Ltda., la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato.

Téngase en cuenta, se itera, que la nulidad absoluta se declarará por razón de la pretermisión indebida de los procedimientos de selección objetiva del contratista que debieron observarse habida consideración de la naturaleza jurídica del contrato celebrado, el cual, como suficientemente se ha justificado en el presente fallo, es un contrato de concesión y, por consiguiente, su celebración debía venir precedida de la escogencia del concesionario a

través del procedimiento de licitación pública, mismo cuya omisión en el asunto *sub lite* da al traste con la legalidad del negocio jurídico celebrado.

2.7.3 Disgresión: aún si se admitiese que el contrato cuestionado es de arrendamiento, devendría igualmente nulo por recaer en un objeto ilícito.

De todas formas, no quiere la Sala pasar por alto que si bien es cierto que en el presente proceso se encuentra plenamente probado y ampliamente justificado que los elementos que permiten identificar la función económico-social del contrato estatal número 002 de 1994 celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., esto es, aquellos elementos –esenciales– sin los cuales el negocio celebrado no produce efecto alguno o "degenera" en otro diferente –a voces de lo normado por el artículo 1501 C.C.–, conducen indefectiblemente a concluir que el referido vínculo negocial constituye un contrato de concesión y que, por tanto, como se acaba de explicar es la omisión del procedimiento administrativo de licitación pública previa celebración del negocio lo que da al traste con la legalidad del mismo, no es menos cierto que así se admitiese, en gracia de discusión –que no se admite, por las razones ampliamente expuestas en precedencia– que la naturaleza jurídica del pluricitado negocio hubiera sido la de un contrato de arrendamiento, éste igualmente se encontraría viciado de nulidad, comoquiera que la condición de bien de uso público que acompaña al objeto material del convenio –es decir, al coliseo cubierto "El Campín"– determina que éste no pueda válidamente someterse a las limitaciones que a su destino jurídico impondrían las prestaciones derivadas del arriendo, por manera que el vínculo negocial, así concebido, adolecería de objeto ilícito y devendría en contrario a Derecho.

El Código Civil, en su artículo 1523, establece que "*[H]ay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes*"; asimismo, el artículo 1519 *ibídem* señala que habrá objeto ilícito "*en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación*"; sin embargo, para que un acto o negocio jurídico tenga objeto ilícito no es indispensable que exista una prohibición especial y concreta de realizarlo o celebrarlo, pues en el ordenamiento jurídico colombiano existe una norma general en este sentido, de la cual son meras aplicaciones las prohibiciones especiales contenidas en otras disposiciones; la norma general en mención, antes referida, es el artículo 16 del Código Civil, por cuya virtud "*no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*"; a este respecto resulta ilustrativo lo afirmado por la Sala en precedente ocasión:

"De conformidad con el ordenamiento jurídico que gobierna la práctica contractual, a términos de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil: 'Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto'; de igual manera, 'hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes' (artículo 1523 *ibídem*). Por consiguiente, carece de validez todo acuerdo contractual que quebrante tales prescripciones normativas, bien que las partes que lo celebren sean particulares o entidades estatales según el artículo 6º de esa misma codificación.

Es cierto que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, pero, precisamente, sólo aquellos que sean convenidos legalmente, mas no los que contravengan el ordenamiento jurídico, porque en tal evento, bien pueden ser anulados por el juez (C.C., Art. 1602); peor aún cuando mediante el acuerdo de voluntades se pretende desconocer o derogar las normas y principios de derecho público, situación contemplada en el artículo 16 del Código Civil".

2.8 Restituciones mutuas.

En reciente fallo del cual fue ponente el Consejero de Estado que presenta, asimismo, la ponencia con fundamento en la cual se profiere el presente proveído, la Sala se pronunció en los siguientes términos en cuanto atañe a las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal:

"La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., cuyo texto es el siguiente:

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

La Corte Suprema de Justicia ha ilustrado respecto de las restituciones mutuas, surgidas como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato, en el siguiente sentido:

"(...) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2º de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.)."

Pero no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas acarrea, como consecuencia para las partes que intervienen en la relación contractual, la obligación de la restitución mutua de lo recibido por ellas, sencillamente porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un

imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, tema sobre el cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera en los siguientes términos:

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

(...)

Así pues, aunque el contrato 206 de 1993 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por cuanto resulta materialmente imposible que se pueda retrotraer el contrato al punto tal que el contratista pueda deshacer los servicios públicos prestados o las construcciones realizadas en el bien objeto del contrato, para que, a su vez, la entidad estatal devolviera los valores recibidos a manera de cánones de arrendamiento.

Por lo anteriormente expuesto, forzoso es concluir que en el presente caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual" (subrayas fuera del texto original).

En consecuencia, siguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al cual se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado el contrato declarado nulo cuando éste corresponde a un negocio jurídico de tracto sucesivo, como lo es el contrato de concesión realmente celebrado entre las partes en el presente proceso –según se ha explicitado en el presente pronunciamiento–, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

2.9 Admonición al contratista: la obligatoriedad de acatar lo dispuesto en los actos administrativos ejecutoriados que no han sido suspendidos provisionalmente o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior no obsta para que la Sala señale, con toda claridad, que tampoco resulta procedente acceder a las pretensiones de indemnización de perjuicios deprecadas por la parte actora, no sólo en consideración a que el contrato 002 de 1994 será declarado nulo a través del presente pronunciamiento y con ello quedan sin fundamento jurídico las reclamaciones que en el anotado sentido eleva la sociedad accionante, sino también teniendo en cuenta que ésta se encontraba en la obligación de dar cumplimiento a lo

ordenado por la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, a través de los actos administrativos mediante los cuales declaró unilateralmente terminado el aludido vínculo contractual, vale decir, la sociedad Coinverpro Ltda., se encontraba jurídicamente obligada a restituir el Coliseo "El Campín" a partir del momento mismo en el cual quedó ejecutoriada la resolución 0089 del 23 de febrero de 1994, proferida por la entidad demandada, ejecutoria que se configuró respecto del acto administrativo en mención, el día 29 de marzo de la misma anualidad, día en el cual se surtió la diligencia de notificación personal de la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquélla.

Y es que el acto administrativo mediante el cual la entidad pública contratante declaró terminado unilateralmente el contrato por encontrarlo incurso en una causal de nulidad, constituyó una decisión que definió el derecho para el caso concreto, con ejecutividad inmediata a partir del momento en el cual adquirió firmeza; se trata de una determinación administrativa acompañada de la presunción de legalidad, ejecutiva y ejecutoria, a la cual los particulares deben acatamiento y obediencia a partir del momento en el cual adquirió firmeza, más allá de que en el juicio respectivo se declare la nulidad de tales actos administrativos, puesto que en modo alguno podría prohijarse la administración de justicia por propia mano del particular que decida, por sí y ante sí, desconocer los efectos jurídicos de los actos administrativos que se encuentran en firme, cuestión a la cual sólo podría procederse en aquellos específicos eventos en los cuales así lo autorice la autoridad jurisdiccional competente en virtud de una decisión de suspensión provisional o de declaratoria de nulidad ordenada en sentencia definitiva, hipótesis éstas que, en el asunto *sub examine*, no han tenido lugar.

En línea con la aseveración inmediatamente precedente, tanto la legislación como la jurisprudencia de esta Corporación y la propia doctrina —nacional y comparada—, se han ocupado de distinguir con claridad las nociones de validez y de eficacia del acto administrativo, por entender que denotan fenómenos jurídicos completamente disímiles si se tiene en cuenta que la validez supone la observancia, por parte de la decisión administrativa, de los requisitos o elementos esenciales establecidos por el ordenamiento jurídico para su expedición, así como el acatamiento de todas aquellas disposiciones del sistema normativo que vinculen el actuar del ente público en el caso concreto, razón por la cual suele afirmarse que el cumplimiento de las exigencias formuladas por la validez del acto ha de examinarse con referencia al momento de la expedición del mismo; en otros términos, el estudio enderezado a establecer si una decisión administrativa es válida, o no, recae sobre los elementos externos e internos del acto, por manera que un eventual defecto o vicio afectante de los mismos o el desconocimiento de alguna de las normas que delimitan y condicionan la expedición de cada acto administrativo en concreto, llevaría a su anulación por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo; en esta dirección, ha sostenido la Corporación:

"Para determinar la validez del acto administrativo resulta indispensable realizar el examen de sus elementos esenciales en torno a la competencia del órgano y de la autoridad administrativa que lo profiere; los motivos de su expedición; la finalidad perseguida con la decisión administrativa; el contenido mismo del acto y los procedimientos, trámites,

formalidades o actuaciones cumplidas para proferirlo, de tal suerte que si alguno de estos elementos no se ajusta a las prescripciones legales, es decir, vulnera el ordenamiento jurídico, el acto estará afectado de nulidad y podrá ser impugnado mediante las acciones previstas por la ley, aún desde el mismo momento de su expedición y antes de ser publicado o notificado, según el caso, sencillamente porque los vicios del acto administrativo se configuran en el momento de su nacimiento a la vida jurídica —que es el momento en relación con el cual se examinan— y no al momento de su publicitación".

La eficacia, en cambio, no es nada diverso que la consecuencia derivada de una de las principales características de los actos administrativos, cual es su naturaleza ejecutiva y ejecutoria, la cual posibilita la materialización de lo en ellos decidido aún contra la voluntad del sujeto pasivo de la decisión, como corolario de la presunción de legalidad que caracteriza y acompaña a las determinaciones de la Administración y del antes referido privilegio de la que ha dado en denominarse *autotutela ejecutiva*, propio del obrar de la misma; la eficacia, por tanto, más allá de la validez —la cual analiza, según se explicó, el ajuste de la decisión administrativa al *bloque de la legalidad*— le garantiza a la Administración la posibilidad de cumplir y hacer cumplir sus decisiones; se trata de la capacidad del acto administrativo para producir sus efectos con miras a la consecución de los propósitos y las finalidades que han de orientar la actividad del órgano actuante en general y de la decisión proferida en particular. En la anotada dirección se ha sostenido lo siguiente:

"Como no precisa de mayor justificación, la validez o no de un acto está en función de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico de aplicación al caso; cuestión que es verificable en última instancia por los Jueces y los Tribunales. Lo que el precepto establece es, pues, tan sólo una presunción *iuris tantum* de validez de los actos; presunción precisa para que, entretanto se dilucida, en su caso, la conformidad o no a Derecho, el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, es decir, sea eficaz. Tan es así que la jurisprudencia limita esa presunción a la validez, independizando de ésta la eficacia: la validez presunta opera siempre desde la fecha del dictado del acto, mientras que la eficacia puede quedar supeditada (...) a la publicación o notificación de este último; mientras la validez supone la concurrencia de todos los elementos del acto, la eficacia se refiere exclusivamente a la producción por éste de efectos".

(...)

Con entera independencia de todo lo anterior, la eficacia de los actos administrativos está condicionada, con carácter general (...) a la notificación o, en su caso, a la publicación, cuando alguna de éstas proceda legalmente".

Así pues, según se expresa en la parte final de la cita inmediatamente precedente, el camino que debe recorrer el acto administrativo en orden a transitar del territorio de la validez hacia el de la eficacia se concreta en la adquisición de firmeza por parte de la decisión: **la eficacia del acto no pende de su validez** —pues ésta se presume, con los alcances propios de una presunción *iuris tantum*, **de suerte que la mera oposición del particular a avenirse al cumplimiento de lo resuelto en el acto administrativo, aún por considerarlo inconstitucional o ilegal, no tiene la virtualidad de paralizar la ejecución de lo en él**

decidido (y, con ello, del ejercicio de la función administrativa), por lo cual esa posibilidad de suspensión o paralización definitiva de los efectos del acto queda exclusivamente deferida a la instancia de control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo— sino de su ejecutoria o de su firmeza, condición que se adquiere de forma diversa según que el acto administrativo revista carácter general o carácter individual.

Tratándose de los actos administrativos de alcance general, impersonal y abstracto, los mismos adquieren firmeza con el cumplimiento de las exigencias que en punto a su publicitación establece el ordenamiento jurídico —con carácter general, el artículo 43 C.C.A.—; por el contrario, los actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, toda vez que se encuentran sujetos a la necesidad de permitir su contradicción en sede administrativa, cobran firmeza no sólo tras su correspondiente notificación —artículos 44 a 48 *ibídem*— sino una vez concurre alguno de los eventos previstos en el artículo 62 *eiusdem*; por ello se ha sostenido que "*[L]a notificación o publicación de los actos administrativos tiene como finalidad producir efectos jurídicos para que dichas decisiones de la Administración, adoptadas en legal forma, sean obligatorias u oponibles frente a los administrados, esto significa, que la publicidad del acto constituye presupuesto de su eficacia*".

La línea argumentativa que se viene desarrollando encuentra refuerzo en los planteamientos efectuados tanto por esta Corporación como por la Corte Constitucional respecto de la denominada '*excepción de ilegalidad*', figura jurídica encaminada a posibilitar la inaplicación —o, en otros términos, el desconocimiento del carácter ejecutivo y ejecutorio, la eficacia obligatoria derivada de la firmeza y de la presunción de legalidad— de los actos administrativos cuando se los encuentra contrarios a las normas en las cuales deben fundarse y que encuentra apoyo en la necesidad de impedir la producción de efectos a aquellas disposiciones que, por ser contrarias a otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa.

Así pues, si bien es cierto que se ha admitido la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias en relación con aquellas otras superiores a las cuales por disposición constitucional deben encontrarse sometidas, es decir, se ha sostenido sin ambages que la aplicación de la denominada '**excepción de ilegalidad**' resulta acorde con la Constitución Política, no es menos cierto que también se ha señalado, con igual contundencia, que la pervivencia del sistema, la garantía de la seguridad jurídica, del orden social e institucional y la buena marcha de la función administrativa y de las demás funciones a cargo del Estado, constituyen trascendentales propósitos que imponen que **el legítimo desconocimiento de la eficacia y de la obligatoriedad de los efectos que se derivan de los actos administrativos que se encuentran en firme corresponden, de manera exclusiva, a decisiones vedadas tanto a los particulares o administrados como, incluso, a la propia Administración Pública, pues la aludida potestad ha sido atribuida únicamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo determinan el expreso mandato del artículo 238 constitucional y el reparto mismo de competencias entre Ramas del Poder Público —inherente a todo Estado**

de Derecho–, según lo ha expuesto con claridad la jurisprudencia constitucional, a través de la siguiente argumentación que la Sala comparte en su integridad:

"Sin embargo, su aplicación o invocación [la de la llamada "excepción de ilegalidad"] 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:

(...)

En el caso presente, la norma general –de rango constitucional– es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios. A esta realidad se refirió la Corte cuando afirmó:

"El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva."

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 4º 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 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 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 la 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.

Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a [la] expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales" (énfasis añadido).

Como corolario de lo expuesto, resulta menester iterar que la tenencia del coliseo "El Campín" por parte de la sociedad accionante debió cesar a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución 0089 del 23 de febrero de 1994, ocurrida el día 29 de marzo de la misma anualidad, día en el cual se surtió la diligencia de notificación personal de la resolución número 0183 del 29 de marzo de 1994 mediante la cual se resolvió el correspondiente recurso de reposición, interpuesto en contra de aquélla.

Es por ello mismo que en la parte resolutive del presente pronunciamiento se ordenará que, de no haberse efectuado aún, se proceda de inmediato a la restitución del bien de uso público de marras a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá; esa misma razón explica con claridad que la sociedad accionante debió restituir el inmueble tan pronto como el acto administrativo que declaró la terminación unilateral del contrato adquirió firmeza, sin dilaciones, cosa que no ocurrió en el asunto *sub examine*, razón por la cual la referida tenencia del coliseo "El Campín" resulta equiparable a aquella que se realiza de mala fe, circunstancia ésta que determina, a cargo de quien así procedió, la obligación de restituir todos los frutos naturales y civiles producidos por la cosa ilegítimamente detentada, sin limitarse a los efectivamente percibidos sino incluyendo aquellos que el dueño hubiera podido percibir con medianas inteligencia y actividad, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 964 del Código Civil, precepto éste al cual aquí se hace referencia a título puramente ilustrativo, toda vez que, por las razones antes anotadas, en el asunto *sub examine* no hay lugar a disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna.

2.10 Costas.

Dado que para el momento en el cual 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo 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: Revócase la sentencia apelada, esto es la proferida el 11 de septiembre de 1997 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, **dispónese** lo siguiente:

Declárase infundada la objeción que por error grave formuló la entidad demandada en contra del dictamen pericial practicado dentro del presente proceso, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

Declárase inhibida la Sala para proferir pronunciamiento de fondo en relación con la pretensión de anulación del oficio número 0739 de fecha abril 7 de 1994, expedido por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, por las razones expuestas en el presente proveído.

Declárase la nulidad de las resoluciones N° 0089 del 23 de febrero de 1994 y 0183 del 29 de marzo de 1994, proferidas por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, por las razones explicadas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Declárase la nulidad absoluta del contrato estatal número 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y Coinverpro Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de este pronunciamiento.

Ordénase la restitución inmediata, a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, en caso de no haberse producido aún, del coliseo cubierto "El Campín", por parte de la sociedad Coinverpro Ltda.

SEGUNDO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidenta de la Sala

Con aclaración de voto

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO

NUMERAL 8 DEL ARTICULO 24 DE LA LEY 80 DE 1993 - Se subsume en la causal de nulidad absoluta del contrato estatal consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de dicha ley / NULIDADES DEL CONTRATO ESTATAL - Para su eficacia el contrato debe cumplir con los requisitos de existencia / VALIDEZ DEL CONTRATO - Presupuestos

La Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público, actividad que para surta eficacia, esto es la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.). Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o degeneraría en otro (art. 1501 C.C.), como de validez, previstos en el orden jurídico. Dentro de los requisitos de validez se encuentra la

capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C). El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.). Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales e inmorales, en los términos descritos.

NULIDAD DEL CONTRATO - Es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares / NULIDAD - Categorías

Dicho de otro modo, la nulidad del contrato es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Tal y como se puede deducir de los anteriores textos del Código Civil [artículos 6, 1740 y 1741], la nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa, según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo. Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial, es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa; d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, ad solemnitatem, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades ad substantiam actus. De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

CONTRATO ESTATAL - Es inválido por valoración negativa posterior esto es nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa

De esta forma, tratándose de la invalidez del contrato estatal se requiere de una valoración del mismo para determinar su disconformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, para

establecer si se presenta el supuesto específico que se consagra por la ley como vicio o irregularidad que amerita negar la relevancia ordinaria del contrato, mediante la imposición de una sanción, esto es, su nulidad, que debe ser declarada judicialmente. En suma, el contrato estatal que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa (artículos 1502 y 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993), sanción legal que en uno u otro evento requiere de declaración judicial, lo que implica que el juez debe realizar una comparación o cotejo entre la conducta que se contempla en el contrato y los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, de manera que si encuentra una contraposición o colisión, deber privar al negocio de todos los efectos que está llamado a producir o que produjo, para volver la situación al estado inicial al momento de su celebración, como si jamás hubiese existido (art. 1746 C.C.).

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal

En el régimen jurídico colombiano, como se vio, existe la nulidad absoluta por objeto ilícito: (i) en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación (art. 1519 C.C.); o (ii) cuando se enajenan cosas que están por fuera del comercio (art. 1521 C.C.); o (iii) cuando el contrato se encuentre prohibido por las leyes (arts. 1523 C.C.), o cuando los actos se ejecutan contra expresa prohibición de la ley, siempre que en ella misma no se disponga otra cosa (art. 6 C.C.). Según señala Ospina Fernández, nuestro Código Civil superó el criterio según el cual las nulidades, por estar sustentadas en el orden público y constituir una limitación a la autonomía de voluntad, tenían que ser expresadas mediante leyes prohibitivas, por cuanto sanciona con la nulidad absoluta el contrato por objeto ilícito no solamente cuando se quebrantan prohibiciones expresas y concretas de la ley, sino también cuando se atenta contra el orden público o las buenas costumbres, lo que corresponde determinar al juez en cada caso, sin que para ello deba fundamentarse en una expresa prohibición, sino en el análisis de los conceptos mencionados. Por lo tanto, de acuerdo con estas nociones legales, es viable afirmar que en nuestro ordenamiento no es nueva la causal de nulidad absoluta en la que recae el contrato estatal cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dado que el artículo 6º del Código Civil ya la establecía, como una manifestación de objeto ilícito (art. 1519 C.C.), como quiera que es de orden público e imperativa aquella norma que prohíbe celebrar un contrato, aunque de todos modos fue querer del legislador adoptar en forma específica este grave supuesto de vulneración del orden jurídico en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993

De otro lado, cabe recalcar que lo viciado, para efectos de aplicar esta causal de nulidad del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es la celebración de un contrato prohibido expresamente por la Constitución o la ley y no la celebración de un contrato que viole cualquier disposición constitucional o legal, por cuanto la causal que opera, en este último caso, es únicamente la general proveniente de objeto ilícito. Es decir, usualmente dentro de la acepción de negocios prohibidos se distingue entre negocios que se entienden prohibidos por ser ilegales y negocios cuya celebración está expresamente prohibida, a los que la ley dispone su nulidad y, por ende, les priva de sus efectos, siendo la última categoría la que contempla la causal de nulidad absoluta de que trata el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dado que la primera se sanciona por medio de la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito del régimen común. Esta distinción resulta de singular importancia, porque de ella depende la terminación unilateral del contrato que la ley de contratación dispone en el inciso segundo del artículo 45 ejusdem por parte del jefe o representante legal de la entidad respectiva en el caso de configurarse esta causal, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público. Con todo, debe advertirse que se incurre en la celebración de un contrato contra expresa prohibición constitucional o legal, no sólo cuando la norma correspondiente de la Constitución o la ley, utiliza esa expresión o locución, sino también en aquellos eventos en que la disposición esté impidiendo o imposibilitando que se pueda hacer. En este orden de ideas, para establecer si esta causal en examen se configura en un determinado evento, resulta necesario analizar el contenido de la norma constitucional o legal de que se trate, con el fin de verificar que expresamente prohíben la celebración del contrato, bien porque la disposición lo da a entender claramente con esas palabras (verbigracia, diciendo literalmente "se prohíbe", "será prohibido", "prohíbese", etc.), ora con otros vocablos o términos (por ejemplo, "no podrá", "no debe", etc.) que en forma patente llevan a concluir que explícitamente está vedada o se impide su realización, o sea, que según se desprende de su sentido y finalidad, no queda duda que no está permitido ni es posible celebrarlo, o que por ningún motivo se autoriza su celebración.

OMISION DE ADELANTAR LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCION OBJETIVA - Sí es causal de nulidad absoluta del contrato de conformidad con el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993

Ahora bien, en la providencia que suscita esta aclaración, la Sala reiteró el criterio expresado en las Sentencias de 16 de agosto de 2006, Exp. 31.480, 29 de agosto de 2007, Exp. 15.324, y 2 de mayo de 2007, Exp. 15.599, en las que se llega a conclusiones como que la pretermisión de un proceso de selección objetiva (licitación pública) no es un vicio de nulidad que se encuadre en la causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino que es un vicio que se sanciona con otras causales de nulidad absoluta, como la indicada en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 u otras del régimen civil. Sin embargo, visto el tenor de la disposición, es claro que el supuesto contemplado en el aparte segundo del numeral 8 del artículo 24 de la misma ley, según el cual a las autoridades "les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto", encaja en la causal 2 del artículo 44 ibídem, por cuya virtud el contrato estatal es nulo cuando se "Celebra contra expresa prohibición constitucional o legal". A mi juicio, contrario a lo sostenido por la mayoría de la Sala, el numeral 8 del artículo 24, en su segunda

parte, establece de manera expresa y concreta –acorde con los agregados que la jurisprudencia de la sección ha exigido para el efecto- una prohibición de celebrar un determinado contrato, esto es, el "contrato estatal", cuando previamente a su suscripción no se adelante o agote por la entidad pública el proceso de selección objetiva que ordena la ley. De otra parte, las consideraciones que se hacen en la providencia en este aspecto, retomando la jurisprudencias antes citadas, que dan a entender que el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece una sola prohibición general y no particular, o que en el fondo cuando las autoridades pretermiten los procedimientos de selección objetiva del contratista están actuando con abuso o desviación de poder, y traslada la omisión del proceso de selección a la causal del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y no a la del numeral 2 ibídem, o a la señalada en el artículo 6º del Código Civil, como ocurrió en este caso, parte de la idea equivocada de que toda violación a la ley es desviación de poder o configura otra causal como la del mencionado artículo 6º del Código Civil -cuyo supuesto como se anotó no es diferente al del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993-, siendo la premisa contraria, es decir, toda desviación de poder es violación a la ley, pero no a toda infracción a ésta se llega por abuso.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Sí podía ser declarada por la Administración porque era aplicable la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2 del artículo 44 de Ley 80 de 1993

Así las cosas, si bien es cierto que el contrato estatal No. 002 de 1994, violó el artículo 6 del Código Civil, dado que en verdad no era de arrendamiento sino de concesión y se suscribió pretermitiendo el proceso de selección de licitación pública, no lo es menos que fue celebrado contra expresa prohibición legal y, por tanto, considero que era aplicable al caso concreto examinado la causal de nulidad absoluta del numeral 2 del artículo 44 de Ley 80 de 1993, razón por la cual no se debieron anular los actos que lo terminaron unilateralmente y ordenaron su liquidación, pues el artículo 45 ibídem permite que cuando se configura esta causal, la Administración tiene la facultad para darlo por terminado unilateralmente. En síntesis, a mi juicio, por ningún motivo se autoriza a las autoridades públicas o, mejor aún, está expresamente prohibido hacer contratos estatales soslayando los procesos de selección objetiva -como ocurrió en este evento-, en las voces del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y según su sentido y finalidad, y eso configura el supuesto de nulidad del artículo 6 del Código Civil, pero también encaja en la del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que por razón de especialidad y peculiaridad de los contratos estatales debe ser aplicado con preferencia o, por lo menos, en forma concurrente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

Actor: SOCIEDAD COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA.

Demandado: JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE BOGOTA DC

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la Sentencia de 18 de marzo de 2010, en cuanto declara la nulidad absoluta del contrato estatal No. 002 de 1994 y ordena la restitución inmediata del Coliseo Cubierto el Campín en el caso de que no se hubiese hecho, me permito aclarar voto en relación con las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo, según las cuales cuando se celebra un contrato eludiendo los procedimientos de selección objetiva no se está en presencia de la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993: "2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal", sino que se configura la causal del numeral 3 de la misma disposición: "3o. Se celebren con abuso o desviación de poder" o, como se aplicó en este evento, la contemplada en el artículo 6º del Código Civil.

Mi discrepancia con el anterior criterio, estriba en que considero que el supuesto del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se subsume en la causal de nulidad absoluta del contrato estatal consagrada en el numeral 2 del artículo 44 ibídem, lo que significa que cuando la Administración Pública suscribe un contrato pretermitiendo el respectivo proceso de selección objetiva dispuesto por la ley, lo celebra contra expresa prohibición legal, interpretación a la que llego con base en las siguientes reflexiones:

1.- Las nulidades del contrato estatal

La Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público, actividad que para surta eficacia, esto es la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.).

Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o degeneraría en otro (art. 1501 C.C.), como de validez, previstos en el orden jurídico. Dentro de los requisitos de validez se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C.).

El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C.). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.).

Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales e inmorales, en los términos descritos.

Dicho de otro modo, la nulidad del contrato es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato.

Los artículos 6, 1740 y 1741 del Código Civil, sobre el particular establecen:

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

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

(...)

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

La nulidad puede ser absoluta o relativa."

"Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato." (Subrayado por fuera del texto original).

Tal y como se puede deducir de los anteriores textos del Código Civil, la nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa, según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo.

A su vez, el Código de Comercio en armonía con la legislación civil, preceptúa:

"ART. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

"1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

"2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

"3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz."

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

De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

Cabe precisar que los artículos 1741 y 1742 del Código Civil, en materia de contratos celebrados por la Administración, se acogieron primero en el Decreto Ley 222 de 1983 en sus artículos 78 y 79, y luego en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 44 y ss., así como en el artículo 87, subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989, artículo 17, y luego modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que se refiere a las controversias contractuales y a sus nulidades.

Actualmente en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se regula el tema de la nulidad de los contratos estatales, siguiendo los lineamientos de la legislación civil y comercial y señalando causales propias para los mismos. Así, el artículo 44 de este estatuto, consagra las causales que dan lugar la nulidad absoluta del contrato estatal, en los siguientes términos:

"Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

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

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

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

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21480 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley."

Como puede apreciarse, la norma reproducida del estatuto de contratación de las entidades públicas acogió como causales de nulidad de los contratos estatales las establecidas en el derecho común antes citadas, y adoptó otras específicas, no susceptibles de saneamiento por ratificación (art. 45 ejusdem). Y en cuanto a las nulidades relativas, el artículo 46 ibídem señaló que "los demás vicios que se presentan en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, las que "...pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio...". Además, la nulidad del contrato estatal puede ser total o parcial, en cuanto la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada (art. 47 del Estatuto Contractual).

Por consiguiente, en cuanto a la validez y regularidad de los contratos estatales, es decir, su ajuste a la ley, debe tenerse en cuenta además de las causales de nulidad absoluta propias de la peculiaridad de los mismos, aquellas que fueron atrás enunciadas, concernientes a la ilicitud del objeto y de la causa y el incumplimiento de la formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, las cuales podrán ser alegadas por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio (art. 45 Ley 80/93); y respecto de las nulidades relativas aquellas también del derecho común que versan sobre la incapacidad relativa, consentimiento viciado de error, fuerza y dolo, y la ausencia de formalidades establecidas en la ley en consideración a la persona contratante, las cuales sólo pueden ser alegadas por las partes contratantes o sus causahabientes (art. 46 ídem).

De esta forma, tratándose de la invalidez del contrato estatal se requiere de una valoración del mismo para determinar su desconformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, para establecer si se presenta el supuesto específico que se consagra por la ley como vicio o irregularidad que amerita negar la relevancia ordinaria del contrato, mediante la imposición de una sanción, esto es, su nulidad, que debe ser declarada judicialmente.

En suma, el contrato estatal que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa (artículos 1502 y 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993), sanción legal que en uno u otro evento requiere de declaración judicial, lo que implica que el juez debe realizar una comparación o cotejo entre la conducta que se contempla en el contrato y los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, de manera que si encuentra una contraposición o colisión, deber privar al negocio de todos los efectos que está llamado a producir o que produjo, para volver la situación al estado inicial al momento de su celebración, como si jamás hubiese existido (art. 1746 C.C.).

2. Alcance de la causal de nulidad de los contratos estatales "cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal" (No. 2 art. 44 Ley 80/93) y su aplicación en el caso concreto

La ley permite a las personas que configuren sus relaciones jurídicas de acuerdo con su propia voluntad, y con ese propósito pone a su disposición el negocio jurídico, pero esa autonomía privada la sujeta a precisos límites; en casos excepcionales, priva de efectos a los negocios de cierto contenido y los declara susceptibles de nulidad o establece que no pueden efectuarse, mediante normas prohibitivas que limitan la autonomía negocial (*leges perfectae*, o de nulidad).

Así, el orden jurídico restringe la autonomía privada de los sujetos para negar a determinados negocios efectos jurídicos o prohibir su conclusión, en los casos en que contraríen las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. De esta suerte, el contrato se califica como ilegal cuando vulnera normas imperativas (coactivas), especialmente de naturaleza prohibitivas, *contra legem agere*; o vulnera el orden público, esto es, en aquellos eventos en que se rebela contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que, por lo mismo, son indisponibles e inderogables por convenio entre particulares (art. 16 C.C.).

A propósito de los negocios prohibidos, anota Von Thur que la utilización de esta denominación se hace "...quizá con cierta inexactitud, porque cuando la ley niega a un determinado negocio su eficacia jurídica, no lo prohíbe, sino que lo imposibilita, esto es, no limita el campo de lo que al sujeto le está permitido, sino de lo que el sujeto puede hacer. A pesar de esto puede hablarse de prohibición del negocio cada vez que la ley niega sus efectos a un acuerdo entre las partes. Sin embargo, en el Código, y con mayor frecuencia en otras leyes, existen casos en que la ley prohíbe la celebración de un negocio jurídico. En ciertos casos la prohibición se manifiesta expresamente, estableciendo la ley que no está permitido celebrarlo o que no se debe celebrar, en tanto que, en otros, la prohibición se deduce de la circunstancia de que por la celebración del negocio se conmina una pena y, en efecto, toda norma penal tiene fundamento en una norma prohibitiva. En algunos casos la ley declara expresamente que el negocio prohibido es nulo, pero, por lo general, se abstiene de manifestar cuál es la sanción de derecho privado. (...) La validez del negocio prohibido puede resultar de la circunstancia de que la ley prohibitiva está redactada como norma imperfecta o de que la ley conmina la nulidad únicamente para ciertos casos de violación de la prohibición, o de que en lugar de la nulidad establece consecuencias jurídicas distintas."

En el régimen jurídico colombiano, como se vio, existe la nulidad absoluta por objeto ilícito: (i) en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación (art. 1519 C.C.); o (ii) cuando se enajenan cosas que están por fuera del comercio (art. 1521 C.C.); o (iii) cuando el contrato se encuentre prohibido por las leyes (arts. 1523 C.C.), o cuando los actos se ejecutan contra expresa prohibición de la ley, siempre que en ella misma no se disponga otra cosa (art. 6 C.C.). Según señala Ospina Fernández, nuestro Código Civil superó el criterio según el cual las nulidades, por estar sustentadas en el orden público y constituir una limitación a la autonomía de voluntad, tenían que ser expresadas mediante leyes prohibitivas, por cuanto sanciona con la nulidad absoluta el contrato por objeto ilícito no solamente cuando se quebrantan prohibiciones expresas y concretas de la ley, sino también cuando se atenta contra el orden público o las buenas costumbres, lo que corresponde determinar al juez en

cada caso, sin que para ello deba fundamentarse en una expresa prohibición, sino en el análisis de los conceptos mencionados.

Por lo tanto, de acuerdo con estas nociones legales, es viable afirmar que en nuestro ordenamiento no es nueva la causal de nulidad absoluta en la que recae el contrato estatal cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dado que el artículo 6º del Código Civil ya la establecía, como una manifestación de objeto ilícito (art. 1519 C.C.), como quiera que es de orden público e imperativa aquella norma que prohíbe celebrar un contrato, aunque de todos modos fue querer del legislador adoptar en forma específica este grave supuesto de vulneración del orden jurídico en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otro lado, cabe recalcar que lo viciado, para efectos de aplicar esta causal de nulidad del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es la celebración de un contrato prohibido expresamente por la Constitución o la ley y no la celebración de un contrato que viole cualquier disposición constitucional o legal, por cuanto la causal que opera, en este último caso, es únicamente la general proveniente de objeto ilícito.

Es decir, usualmente dentro de la acepción de negocios prohibidos se distingue entre negocios que se entienden prohibidos por ser ilegales y negocios cuya celebración está expresamente prohibida, a los que la ley dispone su nulidad y, por ende, les priva de sus efectos, siendo la última categoría la que contempla la causal de nulidad absoluta de que trata el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dado que la primera se sanciona por medio de la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito del régimen común.

Esta distinción resulta de singular importancia, porque de ella depende la terminación unilateral del contrato que la ley de contratación dispone en el inciso segundo del artículo 45 ejusdem por parte del jefe o representante legal de la entidad respectiva en el caso de configurarse esta causal, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público.

Con todo, debe advertirse que se incurre en la celebración de un contrato contra expresa prohibición constitucional o legal, no sólo cuando la norma correspondiente de la Constitución o la ley, utiliza esa expresión o locución, sino también en aquellos eventos en que la disposición esté impidiendo o imposibilitando que se pueda hacer. A este respecto, resulta ilustrativo el criterio expresado por Valencia Zea:

"Por motivos de seguridad, de protección o de alguna otra circunstancia, suele prohibir la ley la celebración de determinados negocios. Distinguiremos entre negocios prohibidos en forma absoluta, de los prohibidos en forma relativa. Está prohibido un negocio cuando por ningún motivo se autoriza su celebración. (...) 1) La celebración de negocios prohibidos en forma absoluta, genera la nulidad absoluta [dentro de éstos cita la enajenación de cosas que no están por fuera del comercio –art.1521 No.1 C.C.-, la enajenación de derechos o privilegios que sólo pueden transferirse a una persona –arts. 411 y ss. C.C.- en materia de alimentos, y los derechos reales de uso y habitación –art. 878 C.C.-, el derecho a suceder por causa de muerte que no puede ser objeto de donación o contrato –art 1520 C.C.-, la compraventa entre cónyuges no divorciados y entre padre e hijo -art. 1852 C.C.-]; la

celebración de negocios prohibidos en forma relativa, sólo genera nulidad relativa [dentro de éstos cita la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial, excepto que el juez lo autorice o el acreedor lo consienta, o la enajenación de cosas o créditos que se litigan excepto que el juez autorice -art 1523 Nos. 3 y 4 C.C.-, y la venta por los administradores de los bienes que administran, salvo autorización de autoridad competente -art. 1853 C.C-] . 2) La ilicitud propiamente dicha la referiremos a los negocios prohibidos en forma absoluta. (...)

Como el principio directo de nuestro ordenamiento jurídico es que las voluntades de las personas son autónomas y libres para concluir toda clase de negocios, dedúcese que las prohibiciones de ley son de interpretación restrictiva, puesto que deben mirarse como excepciones de un principio o regla general. La pauta para saber si se trata de una prohibición absoluta o simplemente relativa, es sencilla: el intérprete debe examinar si la ley prohíbe terminantemente un negocio, o si, por el contrario, en vez de prohibirlo se limita a exigir alguna formalidad o requisito para su validez. No importan las palabras empleadas por la ley sino, ante todo, su sentido y fin, Por ejemplo, el art. 1854 del Código prohíbe al empleado público 'comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio', trátase de una prohibición absoluta, pues no se enuncian requisitos o condiciones para que tal compra pueda tener validez..." (negrilla ajena al texto original).

En este orden de ideas, para establecer si esta causal en examen se configura en un determinado evento, resulta necesario analizar el contenido de la norma constitucional o legal de que se trate, con el fin de verificar que expresamente prohíben la celebración del contrato, bien porque la disposición lo da a entender claramente con esas palabras (verbigracia, diciendo literalmente "se prohíbe", "será prohibido", "prohíbese", etc.), ora con otros vocablos o términos (por ejemplo, "no podrá", "no debe", etc.) que en forma patente llevan a concluir que explícitamente está vedada o se impide su realización, o sea, que según se desprende de su sentido y finalidad, no queda duda que no está permitido ni es posible celebrarlo, o que por ningún motivo se autoriza su celebración.

3.- La prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva, como supuesto de la causal de nulidad absoluta del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Para desarrollar los principios de moralidad, transparencia, responsabilidad, economía y el deber de selección objetiva en la contratación pública, los diversos estatutos sobre la materia han consagrado los mecanismos, modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la Administración, en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos.

La Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales y vigentes para la época de los hechos de la demanda que ocupó la atención de la Sala, estableció tres modalidades: la licitación pública, el concurso público y la contratación directa. La licitación y concurso públicos fueron consagrados como regla general para la selección del contratista y la contratación directa como excepción; el artículo 24 numeral 1 de la citada ley, al desarrollar el principio de transparencia, así expresamente señaló que "...la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos...", salvo en los casos indicados en la misma norma en que se podía contratar directamente por determinadas condiciones

especiales que ameritan cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas.

Como corolario de la regla anterior, el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, para garantizar el principio de transparencia, prohibió expresa y categóricamente omitir el adelantamiento de los procesos o mecanismos de selección contractual, en los siguientes términos: "Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto." (Negrilla ajena al texto original)

La norma del artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 debe ser entendida de acuerdo con el tenor literal de sus palabras, en su sentido natural y obvio (arts. 27 y 28 C.C.) y se encuentra dividida en dos partes o supuestos. La primera parte versa sobre la prohibición de no actuar con desviación de poder en la contratación; y la segunda parte, que es la que por lo pronto interesa en esta aclaración, establece la prohibición concreta y expresa en el sentido de que no se pueden omitir, pretermitir, soslayar o eludir los procesos de selección objetiva, cuya culminación es la escogencia del contratista y la celebración con éste del contrato estatal; o lo que es igual, está prohibido celebrar contratos estatales sin cumplir el previo proceso de selección objetiva indicado en la ley. En consecuencia, la inobservancia de este precepto en la celebración del contrato, se sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 2 del artículo 44 ibídem.

Ahora bien, en la providencia que suscita esta aclaración, la Sala reiteró el criterio expresado en las Sentencias de 16 de agosto de 2006, Exp. 31.480, 29 de agosto de 2007, Exp. 15.324, y 2 de mayo de 2007, Exp. 15.599, en las que se llega a conclusiones como que la pretermisión de un proceso de selección objetiva (licitación pública) no es un vicio de nulidad que se encuadre en la causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino que es un vicio que se sanciona con otras causales de nulidad absoluta, como la indicada en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 u otras del régimen civil.

Sin embargo, visto el tenor de la disposición, es claro que el supuesto contemplado en el aparte segundo del numeral 8 del artículo 24 de la misma ley, según el cual a las autoridades "les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto", encaja en la causal 2 del artículo 44 ibídem, por cuya virtud el contrato estatal es nulo cuando se "Celebra contra expresa prohibición constitucional o legal". A mi juicio, contrario a lo sostenido por la mayoría de la Sala, el numeral 8 del artículo 24, en su segunda parte, establece de manera expresa y concreta – acorde con los agregados que la jurisprudencia de la sección ha exigido para el efecto- una prohibición de celebrar un determinado contrato, esto es, el "contrato estatal", cuando previamente a su suscripción no se adelante o agote por la entidad pública el proceso de selección objetiva que ordena la ley.

De otra parte, las consideraciones que se hacen en la providencia en este aspecto, retomando la jurisprudencias antes citadas, que dan a entender que el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece una sola prohibición general y no particular, o que en el fondo cuando las autoridades pretermiten los procedimientos de selección objetiva del

contratista están actuando con abuso o desviación de poder, y traslada la omisión del proceso de selección a la causal del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y no a la del numeral 2 ibídem, o a la señalada en el artículo 6º del Código Civil, como ocurrió en este caso, parte de la idea equivocada de que toda violación a la ley es desviación de poder o configura otra causal como la del mencionado artículo 6º del Código Civil -cuyo supuesto como se anotó no es diferente al del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993-, siendo la premisa contraria, es decir, toda desviación de poder es violación a la ley, pero no a toda infracción a ésta se llega por abuso.

A este respecto, recuérdese, en primer lugar, que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente, y con las formalidades debidas, pero en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; por tanto, el criterio jurisprudencial que se reitera en la sentencia impone la difícil tarea de demostrar motivaciones secretas o preferencias, interés particular o motivación subjetiva por parte de los funcionarios, cuando es claro que el solo hecho objetivo de omitir un proceso de selección objetiva para celebrar un contrato, conlleva que el mismo se celebró contra expresa prohibición legal, en forma independiente a que también concurra, y ello de ordinario puede ocurrir, una desviación de poder.

Y en segundo lugar, adviértase que la nulidad del artículo 6 del Código Civil, que fue la aplicada en la providencia, no es diferente -como atrás mencioné- a la establecida en el causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto ambas parten del supuesto de que es nulo el acto celebrado o ejecutado contra expresa prohibición de la ley.

Así las cosas, si bien es cierto que el contrato estatal No. 002 de 1994, violó el artículo 6 del Código Civil, dado que en verdad no era de arrendamiento sino de concesión y se suscribió pretermitiendo el proceso de selección de licitación pública, no lo es menos que fue celebrado contra expresa prohibición legal y, por tanto, considero que era aplicable al caso concreto examinado la causal de nulidad absoluta del numeral 2 del artículo 44 de Ley 80 de 1993, razón por la cual no se debieron anular los actos que lo terminaron unilateralmente y ordenaron su liquidación, pues el artículo 45 ibídem permite que cuando se configura esta causal, la Administración tiene la facultad para darlo por terminado unilateralmente.

En síntesis, a mi juicio, por ningún motivo se autoriza a las autoridades públicas o, mejor aún, está expresamente prohibido hacer contratos estatales soslayando los procesos de selección objetiva -como ocurrió en este evento-, en las voces del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y según su sentido y finalidad, y eso configura el supuesto de nulidad del artículo 6 del Código Civil, pero también encaja en la del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que por razón de especialidad y peculiaridad de los contratos estatales debe ser aplicado con preferencia o, por lo menos, en forma concurrente.

No sobra subrayar, que la postura indicada en nada alteraría la justa decisión final que adoptó la Sala al desestimar las demás súplicas de la demanda, declarar la nulidad absoluta del contrato estatal No. 002 de 1994 por contravención a las normas imperativas y de orden público e incurriendo en un negocio expresamente prohibido y, en consecuencia, ordenar la restitución inmediata del Coliseo Cubierto el Campín en el caso de que no se hubiese hecho.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO