

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 54001 23 31 000 2006 01194 01 (38936)

Actor: ALBA MARINA GAMBOA ORDUZ

Demandado: MUNICIPIO DE CÚCUTA

Asunto: ACCIÓN CONTRACTUAL (sentencia)

Temas. Alcance del mandato y de la representación. Contrato de arrendamiento y subarriendo. Legitimación en la causa. Responsabilidad precontractual. Vicios del consentimiento en la formación del contrato. Determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo. Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 25 de febrero de 2010 [fls 348-358 cp] proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en la que se resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARESE INHIBIDO para fallar con relación a las pretensiones 1, 2 y 4 de la demanda.

SEGUNDO: NIEGUENSE las demás suplicas de la demanda (...).”

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 14 de julio de 2006 por la señora Alba Marina Gamboa Orduz, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo [fls.109 a 140 C1], formulando como pretensiones las siguientes:

“1. Se declare el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito el día 1 de febrero del año 2.004, por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, por intermedio de la empresa SERVIEMPLEOS LTDA (Empresa que con todas las facultades para la época le arrendó un bien inmueble a mi poderdante, obrando como mandatario, intermediario, autorizado ó administrador), contrato suscrito entre mi poderdante y la sociedad SERVIEMPLEOS LIMITADA sociedad quien actuaba en representación del Municipio de San José de Cúcuta – Secretaría de Gobierno Convivencia y seguridad Ciudadana – cuyo objeto consiste en el arrendamiento de bien inmueble un galpón ubicado en la Calle 13 # 12-49 del barrio EL CONTENTO de la ciudad de Cúcuta, dicho galpón es de uso comercial con una altura aproximada de 5,5 metros, media agua externa, interna y las oficinas ubicadas en la calle 13 con avenida 13 esquina,

con los siguientes linderos y medidas: NORTE: Con la Calle 13 en 42,30 metros. SUR: Con el mercado El Contenido en 42,30 metros. ORIENTE. Con el mercado El Contenido, en 19 metros. OCCIDENTE: Con la avenida 13 en 19 metros. El área libre del galpón son 634 metros cuadrados aproximadamente. El área de la media agua interna de 169 metros cuadrados es de 4 metros x 42,50 metros. El área de la media agua externa de 63,75 metros cuadrados es de 1,50 metros x 42,50 metros. Las oficinas incluyen la escalera de acceso y los depósitos del primer piso. El área total utilizable del terreno son 803 metros cuadrados aproximadamente. El resto son áreas anexas que son utilizables por el arrendatario de acuerdo a las normas urbanísticas. Ubicación: BARRIO EL CONTENIDO, Calle 12 #12-49.

2. Se ordene al Municipio de San José de Cúcuta – Secretaría de Gobierno Convivencia y Seguridad Ciudadana el cumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito el día 1 de Febrero del año 2.004, por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, por intermedio de la empresa SERVIEMPLEOS LTDA (Empresa que con todas las facultades para la época le arrendó un bien inmueble a mi poderdante, obrando como mandatario intermediario, autorizado o administrador), contrato suscrito ente mi poderdante y la sociedad SERVIEMPLEOS LIMITADA quien actuaba en representación del Municipio de San José de Cúcuta – Secretaría de Gobierno Convivencia y seguridad Ciudadana – con la respectiva indemnización de perjuicios.

3. Que se declare la Nulidad [sic] con indemnización de perjuicios del contrato de arrendamiento suscrito el día 16 de julio del año 2004, entre mi poderdante y el Municipio de San José de Cúcuta – Secretaría de Gobierno Convivencia y seguridad ciudadana- de forma directa viciado su consentimiento (Sin intermediarios) cuyo objeto consiste en el arrendamiento del mismo bien inmueble, se trata de un galpón ubicado en la Calle 13 #12-49 del barrio EL CONTENIDO de la ciudad de Cúcuta, dicho galpón es de uso comercial con una altura aproximada de 5,5 metros, media agua externa, interna y las oficinas ubicadas en la calle 13 con Avenida 13 Esquina (...)

4. Que se declare la nulidad y se ordena [sic] el Restablecimiento [sic] de los Derechos [sic] de mi poderdante de los siguientes actos administrativos definitivos proferidos por la Secretaría de Gobierno en ocasión [sic] al contrato de arrendamiento del cual se está solicitando su Nulidad y contenidos así:

- Inciso final del oficio SGCSC 000250 del 06 de marzo del 2006.
- El SGCSC 000390 del 06 de Abril de 2006
- El SGCSC 000423 del 26 de Abril del 2006
- El SGCSC 000428 del 27 de Abril de 2006
- El SGCSC 000432 del 27 de Abril de 2006
- El SGCSC 000433 del 27 de Abril de 2006

-Y todos los demás que se expidan con posterioridad a la presentación de la presente demanda y que se relación con el asunto que ahora se reclama.

5. Que se ordene al MUNICIPIO DE CÚCUTA -, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, a [sic] la suspensión de todos los actos perturbatorios y en general no perturbar el derecho de mera tenencia, derechos adquiridos y de arrendatario que mi poderdante ostenta sobre el bien inmueble ubicado y descrito anteriormente.

6. Que se condene al Municipio de San José de Cúcuta, a pagar a mi poderdante, el valor de los perjuicios de orden material y morales en cuantía de 1.000 salarios mínimos, reparación del daño causado, daño emergente y lucro cesante que el fueron ocasionados, los previstos en el artículo 522 del Código de Comercio, en la estimación de los perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante debido a la incertidumbre del contrato, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión a la incertidumbre de la clausura o traslado de parte del establecimiento para continuar las labores y reconocimiento y pago del valor actual de las mejoras necesarias y útiles que realizó mi poderdante en el inmueble o local

las cuales se encuentran detalladas y reconocidas en una Acta suscrita entre mi poderdante y la Sociedad SERVIEMPLEOS LTDA de fecha 27 de febrero de 2004 de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

7. Que se condene al MUNICIPIO DE CÚCUTA, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, al pago de costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

8. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A”.

2 Como fundamento de las anteriores pretensiones la parte actora se sustentó en los siguientes hechos [fls.112 a118 c1]:

“[...] 1. El día 01 de febrero de 2004 mi poderdante suscribió un contrato de arrendamiento (Inmueble ubicado en el Barrio el Contento valga aquí anteriormente descrito) con la Sociedad Serviempleos Limitada. Esta Sociedad [sic] ejercía facultades otorgadas por la Alcaldía Municipal de Cúcuta y de la Secretaría de Gobierno, al presentarse como arrendataria de todos los mercados (...) pues detentaba la tenencia sobre los mismos”. Mi poderdante fue en mayo del 2001 a SERVIEMPLEOS LTDA. para averiguar por un basurero ubicado en la esquina de la calle 13 con avenida 13 y la respuesta fue que se lo podían arrendar porque ellos detentaban la tenencia de ese inmueble, es así como se presenta el primer contrato entre mi poderdante y SERVIEMPLEOS LTDA que data del 01 de junio de 2001, el cual inicialmente fue sobre el basurero que mi poderdante posteriormente convirtió en un sitio de trabajo digno y respetable.”

2. “La sociedad SERVIEMPLEOS LTDA mediante contrato escrito y autenticado celebrado el día 01 de febrero del año 2004 ratificando una cadena de contratos sucesivos nuevamente le arrendó a mi poderdante el bien inmueble consistente en un galpón ubicado en la Calle 13 #12-49 del barrio El Contento de la ciudad de Cúcuta, que gracias a las mejoras puestas por mi poderdante se trata ahora de un galpón de uso comercial (...) Este Contrato [sic] recogió los anteriores contratos de arrendamiento celebrado entre las mismas partes a saber: 1. Desde el día 01 de Junio [sic] de 2001 hasta el día 1 de octubre de 2001. 2. Desde el 01 de octubre de 2001 hasta el 01 de febrero de 2002. 3. Desde 01 de febrero de 2002 hasta el 01 de junio de 2002. 4. Desde el día 01 de junio de 2002 hasta el día 1 de octubre de 2002. 5. Desde el 01 de octubre de 2002 hasta el 01 de febrero 2003. 6. Desde el 01 de febrero de 2003 hasta el 01 de junio de 2003. 7. Desde el día 01 de junio de 2003, hasta el 01 de octubre de 2003. 8. Desde el 01 de octubre de 2003 hasta el 01 de febrero de 2004.

3. Mediante contratos desde el 01 de junio de 2001 que fueron recogidos en el último contrato celebrado el día 01 de febrero de 2004, y hechos ejecutados por SERVIEMPLEOS LIMITADA durante todo ese tiempo, la Alcaldía de Cúcuta y el Señor Secretario de Gobierno Municipal de manera pública aprobaron, apoyaron y respaldaron ese actuar y esos hechos, y de esta manera quedaron obligados solidariamente. Eso lo establece el Art. 842 del Código de Comercio (...)”

4. En este año 2006, mi poderdante solicita a la Secretaría de Gobierno Municipal que le expida copia de contrato de SERVIEMPLEOS LTDA y se obtiene ese documento que data del día 6 de abril de año 2001, en la cual consta que la Alcaldía Municipal de Cúcuta por intermedio del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana previo el trámite legal correspondiente, le arrendó los inmuebles en donde funcionan las plazas de mercado de la ciudad de Cúcuta a la Sociedad SERVIEMPLEOS LIMITADA, contrato que estuvo vigente hasta que el señor Secretario de Gobierno Municipal mediante un acto administrativo contenido en la circular sin número y de fecha abril 2 de 2004 y en el oficio #0352 de 1 de abril de 2004, informa a los vendedores de los mercados públicos de la

ciudad, cuyos inmuebles se encuentran arrendados a SERVIEMPLEOS LTDA. llamados La Victoria, Las Angustias, La Cabrera, El Contento, Sevilla, Almacenes Populares, Almacenes económicos, Antiguos Cuarteles, Almacenes unidos, Encerrados, Central, La Sexta, “QUE A PARTIR DEL 7 DE ABRIL DEL 2004, LA SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL ASUMIRÁ LA ADMINISTRACIÓN DE LOS INMUEBLES QUE OCUPAN”, es decir ratifican que SERVIEMPLEOS LIMITADA estaba facultada para arrendar los inmuebles.

[...]

7. Mi poderdante a título de arrendamiento ha ocupado no menos de dos (2) años consecutivos los inmuebles que el día 01 de junio de 2001 cuando SERVIEMPLEOS LIMITADA le arrendó con la aprobación pública de la Secretaría de Gobierno y por ende la Alcaldía Municipal, lo cual demuestra que mi cliente ha explotado con un mismo establecimiento de comercio por más de 2 años el inmueble arrendado por ello obtuvo el derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, dado que no se encuadraba su situación en ninguno de los tres (3) casos que la norma trata como excepciones [...]

8. Mi poderdante tenía el contrato renovado automáticamente y por escrito por lo tanto el contrato estaba vigente y debía respetarse. La decisión tomada por la Secretaría de Gobierno, aún cuando en ningún momento deja sin efecto el vínculo contractual que posee la firma **SERVIEMPLEOS LTDA** con mi poderdante decide desconocer ese contrato y de manera arbitraria cerró el establecimiento a la fuerza con lo cual le causó graves perjuicios materiales y morales [...]

9. La secretaria [sic] de Gobierno Municipal cerró a la fuerza el establecimiento de comercio de mi poderdante y el día 16 de Julio de 2004 la obligó bajo presión a firmar un nuevo contrato, previamente había ordenado el cierre del Taller de mi poderdante, actos ejecutados por la Inspectora de Policía ADELAIDA ONTIVEROS [...] Mi Poderdante [sic] no podía plantear ningún inconformismo [sic] por cuanto la promesa que recibía del Secretario de Gobierno era que firmara así ese nuevo contrato, que de ahí nunca nadie me la iba a sacar, que sino firmaba no le abriría el taller a mi poderdante y que al otro día la sacaban de su propio establecimiento tal como lo había hecho sin ningún problema con la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA; mi poderdante coaccionada por todos estos actos accedió a firmar el contrato de fecha julio 16 de 2.004.

10. [...] víctima de un engaño, de una traición, porque en el año 2.006 la Secretaría de Gobierno le dice por escrito que con el contrato que tenía con SERVIEMPLEOS LIMITADA si tenía derechos pero con nuevo contrato firmado con la Secretaría de Gobierno no tiene derechos que reclamar [...]

11. [...] la Secretaría de Gobierno la obligó, la coaccionó para que firmara el contrato [...]

12. Uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento de fecha Julio [sic] 16 de 2.04 es la capacidad y el consentimiento, los cuales nunca los hubo, porque el consentimiento de mi poderdante estaba viciado con la fuerza, con la amenaza, con la presión y el cierre del Taller por orden de la Secretaría de Gobierno Municipal de Cúcuta [...]

13. La secretaria [sic] de Gobierno Municipal engañó y presionó a mi poderdante para hacerle firmar el contrato de fecha Julio [sic] 16 de 2.004, por eso mi cliente dejó una constancia por escrito autenticado en Notaría Pública respecto de la inconformidad y el vicio de consentimiento de mi poderdante y también está probado con las copias del acta de la Inspectora de Policía ADELAIDA ONTIVEROS que la Secretaría de Gobierno Municipal utilizó para lograr ese objetivo, amén de las insistentes cartas amenazantes en donde se citaba para la firma de un nuevo contrato [...]

[...]

15. Mi cliente realizó sobre el inmueble dos fases de mejoras: La primera consistió en el resane de la fachada interna y externa, tumbada y resane de cucaracheros (nidos de cucarachas), fumigada general, exterminio de ratas, ratones, traslado de 30 gatos callejeros enfermos, limpieza general de excrementos, basuras, mugre, reconstrucción de pañetes que no tenían compactación, pintura en general en blanco y en general todo lo relacionado

con la reparación de paredes. La segunda fase esta relacionada con pisos, electricidad, techos y puertas, construcción con cemento de los pisos del inmueble, compra y colocación de madera con su [sic] respectivos tornillos y soportes para sostener el techo, compra e instalación de tasajeras para sostener maderas de artesanías, desmantelando el segundo piso del inmueble que amenazaba ruina catástrofe y siniestro, instalación de acometida CENS, compra de contador, pago de derechos, instalación de todas las redes e instalaciones eléctricas internas, construcción

(...) Estas mejoras fueron reconocidas mediante acta suscrita entre mi poderdante y la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA el día 27 de febrero de 2004, en donde se acordaba que la que la primera etapa de mejoras se tendría como pago de cánones de arrendamiento y la segunda etapa quedaba reconocida como ejecutada pero pendiente de pago por parte del arrendador (10) (...) en el nuevo contrato de fecha julio 16 de 2004 no se reconocen las mejoras, ni los demás derechos (...) estando demostrado que los actos administrativos expedidos en forma arbitraria e irregular, son ilegales, que no existía acuerdo de voluntades de las partes contratantes para dar por terminado en forma anticipada el contrato de arrendamiento, ni menos decisión de autoridad judicial que declara la terminación del contrato de arrendamiento o que aprobara el desahucio del mismo”.

2. El trámite procesal.

3 Mediante auto del 3 de octubre de 2006, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda¹. Seguidamente se notificó personalmente al agente del Ministerio Público el 24 de abril de 2007. La anotación por estado fue realizada el día 6 de octubre de 2006.

4 El día 22 de mayo de 2007, al señor Martin Eduardo Herrera León Jefe de Oficina Jurídica de la alcaldía de Cúcuta se le notificó personalmente de la demanda interpuesta y de su admisión². El día 3 de julio de 2007 el apoderado del municipio de Cúcuta presentó escrito de contestación de la demanda³.

5 En auto del 3 de octubre de 2007⁴, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander ordenó decretar y practicar las pruebas peticionadas.

¹ Fls. 142 – 143, C.1

² Fl 149 C.1

³ Fls. 151-153 C.1. En el cual el apoderado del municipio de Cúcuta se opuso a las pretensiones de la demanda, alegó que deben ser probados los hechos en los cuales se fundamentan; con base en lo anterior, solicitó que se declare que no es administrativa y patrimonialmente responsable el Municipio de Cúcuta de los perjuicios causados a los demandados y que se condene en costas y agencias en derecho a los demandantes en favor del municipio. No se propusieron excepciones.

⁴ Fls.169 y 170 C1. “[...] **2.1. Pedidas por la parte Demandante:** 2.1.1. Recepciónese los testimonios a las siguientes personas: 1) LUIS ENRIQUE REDONDO, 2) FELIX M. CHURIO, 3) NACY [sic] CAROLINA PEÑARANDA, 4) ROCIO SALAZAR ALVAREZ, 5) DIONICIO ALVAREZ ARIAS, 6) NELSON QUIROGA

6 Por medio de providencia del 25 de junio de 2008⁵, se corrió traslado por un término de 3 días del dictamen pericial rendido por el perito contador Ignacio Villamizar Ibarra, visible a folios 207 a 304 del cuaderno 1, no hubo manifestación por las partes.

7 Mediante auto del 16 de julio de 2008⁶, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión⁷, y al Ministerio Público para que allegara el concepto de rigor. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia de primera instancia.

8 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió sentencia del 25 de febrero de 2010⁸, resolviendo declararse inhibido para fallar respecto a las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda, y negó las pretensiones.

SIERRA, 7) ELENA ALVAREZ, 8) NELLY MEDINA, 9) HEBERT DONALD DIAZ CRUZ, 10) CIRO GONZALEZ y 11) JULIO CESAR GARCÍA PABÓN [...] 2.1.2. Oficiase a la Secretaría de Gobierno del Municipio de Cúcuta, para que remita **copia auténtica** de toda documentación generada hasta la fecha, con relación al contrato de arrendamiento comercial del bien inmueble ubicado en al Calle [sic] 13 N° 12-49 Barrio el Contenido. Celebrado con la señora Alba Marina Gamboa Ordúz [...] 2.1.3. Decrétese el peritazgo a costa de la parte actora, a efecto se dictamine sobre los puntos solicitados [...] 2.2. **Pedidas por la parte Demandada:** 2.2.1. No solicitó práctica de pruebas” [fls 169 y 170 C.1].

⁵ Fl.306 C1

⁶ Fl.319 C1

⁷ Fls 320- 346 C.1 El día 4 de agosto de 2008, la apoderada de la parte actora presentó alegatos de conclusión en los que manifestó: Que se probó la existencia del contrato de arrendamiento de más de dos años de antigüedad cuya nulidad se pretende primeramente y las obras realizadas en el inmueble objeto del contrato, las cuales convirtieron al mismo en un inmueble de uso comercial, el cual otorgó derechos a la actora sobre la vigencia del mismo según la ley comercial, por operar las prórrogas automáticas por lo que la decisión de la Secretaria de Gobierno en forma arbitraria desconoció el vínculo contractual, debiendo responder patrimonialmente por los perjuicios causados en los que se incluyen los originados por el cierre del establecimiento de comercio. Que está probado que el segundo contrato objeto de las pretensiones fue firmado sin uno de los elementos esenciales del contrato como lo es la “capacidad y el consentimiento” provocados por la fuerza debidos a la amenaza y la presión con la materialización del cierre del taller, que lo hace anulable de pleno derecho por haber sido firmado por los engaños del ente demandado, hecho que se demuestra con la constancia escrita autenticada en notaria. Afirma que con la celebración del contrato del 16 de julio de 2004 se afectaron los derechos adquiridos como arrendatario, se niega el reconocimiento de las mejoras y se desconoce la renovación automática, además de imponer un clausulado para la restitución ilegal del local, hechos que permiten solicitar el cumplimiento del contrato y su nulidad por vicio del consentimiento. Igualmente afirma que se demostró que los actos administrativos demandados fueron expedidos en forma arbitraria e ilegal, ya que no existía acuerdo de voluntad de las partes contratantes para darlo por terminado en forma anticipada. En su escrito de alegaciones, afirma que se probaron los daños materiales de conformidad al dictamen realizado por el señor perito designado por el despacho, perjuicios económicos que persisten mientras se mantengan los actos administrativos de terminación del contrato y de restitución del inmueble realizado por la administración municipal, que está demandando en nulidad. Que el ente demandado en su actuación violó principios y postulados consagrados en la Constitución Nacional, que por demás afectaron o causaron perjuicios del orden moral sufridos por la actora.

⁸ La providencia se notificó mediante edicto fijado entre el 17 y 19 de marzo de 2010 (fl 359 C.Ppal).

8.1 Para tomar esta decisión, la Sala procedió a analizar cada contrato y actos demandados, de la siguiente forma:

8.1.1 Con relación al contrato de arrendamiento suscrito el 1 de febrero de 2004, en el cual se arrendó el bien inmueble consistente en un galpón comercial, la Sala consideró “que es un negocio jurídico (Contrato de Arrendamiento de un galpón comercial) celebrado entre dos personas de derecho privado como son, Serviempleos Limitada y los señores Marina Gamboa Orduz y Henry D. Sayago, sin que ninguna de ellas sea, ni represente al Municipio [sic] de Cúcuta que es el ente demandado en la presente acción, por lo que nos encontramos frente a un contrato derecho privado que no es enjuiciable ante nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo” [fls.352 cara posterior cp].

8.1.2 En segundo lugar planteó que si bien por la primera pretensión podía declarar que se encontraba inhibida, hay otra pretensión relacionada con la nulidad del contrato celebrado entre la demandante y la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana del municipio de Cúcuta, y una más encaminada a que se declarara la nulidad de una serie de actos administrativos “razón por la cual se hace necesario analizar una posible acumulación de pretensiones. Según el *a quo* se trata de “pretensiones que no son acumulables [...] ya que la primera pretensión es un negocio jurídico de derecho privado que no corresponde a esta jurisdicción de lo contencioso administrativo y como tal, este Tribunal no es competente para conocer de esta pretensión, incumpléndose el primer requisito del artículo 82 del C. de P. C., como lo es, que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, existiendo acá una indebida acumulación de pretensiones, igualmente se incumple con los demás requisitos de la norma ya que de acuerdo a lo pretendido se excluyen entre sí y las controversias tienen un trámite distinto en cada jurisdicción” [fl.353 cp].

8.1.3 En cuanto a la nulidad con indemnización de perjuicios del contrato de arrendamiento celebrado el 16 de julio de 2004 entre la demandante y la entidad pública demandada, e interpretando la demanda, el *a quo* consideró que “se ataca en nulidad el contrato de arrendamiento por una causal prevista en el inciso primero del

artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y que corresponde a una de las previstas en el derecho común, concretamente en el artículo 1502 del Código Civil que consagra el consentimiento libre de vicio como requisito para que las personas contraigan obligaciones, el cual se vicia por el error, el dolo y la fuerza, según el 1508 *ibidem* [sic], esta última causal que es la invocada por la actora como es la fuerza, que dice se utilizó por parte del Secretario de Gobierno para obtener la firma y celebración del contrato que nos ocupa en esta pretensión y que no alcanza a probar certeramente con los dichos de los testigos, eso sí sin tener en cuenta la declaración previa de la demandante, por no constituir un medio de prueba en la presente acción, por tratarse de una afirmación de la misma parte actora que no puede tenerse por cierta directamente, sino como un hecho que debe ser probado en su contenido”⁹ [fl.354 cp].

A lo que se agregó “que no se probó la ausencia del consentimiento en la celebración del contrato demandado en lo que corresponde a la actora, por lo que no se configuró causal de nulidad del mismo, y si así lo fuera, esta causal genera una nulidad relativa que se sana por la ratificación tácita de las partes, que se configura con la ejecución voluntaria de la obligación contratada como efectivamente aconteció en esta relación contractual, en la que cumplió en su totalidad el tiempo inicial pactado, aún más con la ejecución de la prórroga [sic] automática, razón suficiente para concluir por parte de la Sala que no le asiste derecho alguno a la actora para que sea concedida la pretensión anhelada en la demanda” [fl.355 cp].

8.1.4 Ahora, respecto a la nulidad y restablecimiento solicitado de una serie de actos administrativos el *a quo* consideró que “no existe poder legalmente otorgado para demandar en nulidad contractual los actos relacionados en la pretensión numerada con el 4, de conformidad al artículo suscrito del C.P.C., que señala que los poderes especiales se deben conferir en escrito como se dispone para la demanda, el cual en

⁹ El *a quo* argumentó: “Tenemos que según lo afirmado por la actora, el contrato de arrendamiento demandado en nulidad, fue firmado por ella bajo presión el día 16 de julio de 2004, por un tiempo determinado de un (01) año contado a partir de la fecha de la legalización, en el cual se acordó la renovación de común acuerdo, teniendo como tal, con el silencio de los contratantes, lo anterior así estipulado en la cláusula tercera del mismo contrato, que se ejecutó por las dos partes sin que se manifestara por la señora ALBA MARINA GAMBOA ORDUZ inconformidad alguna, sino hasta el año 2006 [...] es decir el contrato en su término inicial se ejecutó de acuerdo a lo pactado en su totalidad, y aun más, se prorrogó automáticamente y nada dijo la actora, sobre el vicio que ahora alega, actitud que en caso de haberse presentado la ausencia del consentimiento por el vicio de la fuerza, se debe tener como una ratificación tácita del contrato celebrado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1754 del C.C. [...]” [fl.355 cp].

consonancia con el artículo 138 del C.C.A., que señala que cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión, requisito que no cumple el poder” [fl.355 cara posterior cp].

8.1.5 Finalmente, el *a quo* garantizando el acceso a la justicia en los términos del artículo 229 de la Carta Política argumentó: (1) el “inciso final del oficio SGCSC 000250 del 06 de Marzo del 2006, visto al folio 32, por el cual la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta responde un oficio que contiene el escrito de interposición de recursos contra la decisión administrativa contenida en el oficio de fecha 21 de febrero de 2006 [...] se aprecia que es una información sobre la voluntad del demandado de no continuar con el contrato de arrendamiento celebrado con la actora, de conformidad a la cláusula décima cuarta del contrato, que corresponde a la facultad del demandado de dar por terminado el contrato previo con antelación de 90 días, facultad acordada por las partes y que no implica la facultad excepcional de la terminación unilateral del estatuto contractual, sino una facultad estipulada en el contrato que celebraron [...] decisión que la actora ya tenía conocimiento al recibir y notificarse del oficio N° S.G.C.S.C. 000181 [...] y que no fue demandado en la presente acción. Así podemos observar que no se trata de un acto administrativo demandable por sí solo, sino que debe ser demandado con el acto principal [...]”¹⁰; (2) el “oficio SGCSC del 06 de Abril [sic] del 2006 [...] es la respuesta a unos recursos interpuestos contra el oficio SGCSC 000250 del 06 de Marzo [sic] del 2006 [...] escrito que no es enjuiciable porque legalmente no hay recursos sobre actos que los resuelvan, (no proceden recursos contra recursos), menos de actos producidos dentro de la actividad contractual que únicamente son susceptibles del recurso de reposición en virtud de los señalado en el artículo [sic] 77 de la Ley 80 de 1993”; (3) el “oficio SGCSC 000423 del 26 de Abril [sic] del 2006 [...] el demandado responde un derecho de petición en el que la actora le solicita la declaratoria de nulidad del contrato de arrendamiento de fecha

¹⁰ “Esta pretensión no tiene vocación de éxito ya que adolece de ineptitud procesal en razón a lo ordenado en artículo 138 del C.C.A., que establece que cuando el acto definitivo fue objeto de recursos debe demandarse el acto el mismo, así como los actos que resuelvan los recursos, ya que sería un contrasentido en el caso de la prosperidad de las pretensiones de anular los actos que resultan los recursos y dejar vigente el principal, el cual seguirá siendo obligatorio, y en el presente caso se demandó [sic] solamente el oficio que dio respuesta a los recursos y no al principal como lo es el oficio de fecha 21 de febrero de 2006 [...] en el que se comunica a la actora de la decisión de dar por terminado el contrato de arrendamiento, razón suficiente para [...] se tenga como inepta demanda” [fl.356 cara posterior cp].

julio 16 de 2004 en sentido de informarle a la actora que dicha pretensión es procedente por la vía jurisdiccional mediante la acción de controversias contractuales, razón suficiente para decir que esta respuesta no constituye una decisión administrativa por cuanto la administración pública no tiene no tiene la competencia para que su voluntad y decisión declare la nulidad de sus contratos”¹¹; (4) los “oficios SGCSC 000428 [...] y SGCSC 000432 [...] ambos del 27 de Abril [sic] del 2006, corresponden a respuestas a un derecho de petición de expedición de copias y de información que no constituyen una decisión administrativa que crea, modifica o extinga una relación jurídica, es decir, que constituya un acto administrativo”; (5) el “oficio SGCSC 000433 del 27 de Abril [sic] del 2006 [...] tampoco contiene una decisión administrativa enjuiciable, por la misma razón que se adujo frente oficio SGCSC 000390 del 06 de Abril [sic] del 2006, valga decir, no procede recursos contra actos administrativos que resuelvan recursos”; y, (6) se declaró inhibido “para pronunciarse sobre los oficios demandados en tanto que no se demandó el acto principal o definitivo que fue objeto de los recursos, como lo es el oficio de fecha 21 de febrero de 2006 que se distingue con el radicado N° S.G.C.S.C 000181 [...] hecho que hace imposible el pronunciamiento respecto de la legalidad del acto que decidió la terminación del contrato de arrendamiento [...] en virtud del principio de congruencia, no puede ser anulado por la Sala, ya que dicha imposibilidad implica que el acto principal mantenga su vigencia y sus efectos jurídicos, pues el acto inicial y el que lo confirma, constituyen una unidad inseparable, porque contienen la voluntad unánime de la administración”¹².

4. El recurso de apelación.

¹¹ “[...] Al no tener el oficio identificado en este acápite la naturaleza de acto administrativo, por no contener una decisión administrativa del ente demandado, ni tener competencia para proferir una decisión de esta clase, no puede ser enjuiciable por esta vía de las controversias contractuales” [fl.357 cp].

¹² “Por último hay que agregar que por esta pretensión que solicita la nulidad de unos supuestos actos administrativos dentro de la actividad contractual, la actora no señala en la demanda cual [sic] es la causal de nulidad de cada uno de ellos que los hace perder su presunción de legalidad, como tampoco en forma general y/o individual indica cuales [sic] son las normas violadas y el respectivo concepto de violación que permita a la Sala realizar el juicio de legalidad, hecho que hace que exista igualmente frente a esta pretensión una ineptitud de la demanda que no permite decidir sobre el fondo del asunto” [fl.357 cara posterior cp].

9 Contra la sentencia de primera instancia se alzó la parte demandante mediante escrito radicado el 23 de marzo de 2010¹³, solicitando que se revocara el numeral primero de la providencia de 25 de febrero de 2010, y en su lugar se decidiera la controversia planteada, fallándose de fondo accediendo a las pretensiones 1, 2 y 4 de la demanda.

9.1 De la apelación de la demanda se pueden extraer los siguientes objetos: (1) se evadió el estudio de fondo¹⁴ al determinar que el contrato de 1 de febrero de 2004 era privado¹⁵; (2) no se tuvo en cuenta la naturaleza estatal del contrato de arrendamiento celebrado entre SERVIEMPLEOS LIMITADA y ALBA MARINA GAMBOA ORDUZ, ya que el bien objeto del mismo era de uso público¹⁶; (3) se demostró que si hubo

¹³ Fls 360-458 cp.

¹⁴ Se sustenta en la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 18 de noviembre de 2003, expediente 17001-23-31-000-1999-0039-01 (IJ).

¹⁵ Se argumentó: “[...] Esa posición jurídica de solamente tener en cuenta la calidad de los contratantes, es rebelde a la doctrina reiterada del Consejo de Estado y que resalto, no consulta, ni acepta la jurisprudencia uniforme y pacífica del Consejo de Estado, en la cual no se tiene en cuenta este hecho de que haya sido suscrito o no el contrato por la entidad estatal en este caso el Municipio [sic] de Cúcuta, sino que se tiene en cuenta es el hecho determinante de si el contrato contiene o no contiene la cláusula de CADUCIDAD. Y si cualquiera de los dos (2) contratos (febrero 1 de 2.004 y Julio [sic] 16 de 2.004) contiene una cláusula de caducidad, debe ser declarado nulo, porque el contrato de arrendamiento por ser un contrato definido legalmente como consensual (sin que sea obstáculo que por razones probatorias conste por escrito) no debe ni puede contener cláusulas de caducidad” [fl.370 cp].

¹⁶ Se argumentó: “[...] En la providencia no se analizó que el objeto del contrato era un basurero público convertido por mi poderdante en su lugar de trabajo digno y considerado como una plaza de mercado pública conforme aparece probado al folio 99 a 102 en donde obra el contrato de arrendamiento suscrito entre el Municipio [sic] de Cúcuta y Serviempleos Ltda., con autorización a este para subarrendar, que por ser una plaza de mercado es pública y tenía que analizarse de entrada y de manera preliminar este tema, pues si el contrato de arrendamiento que suscribió mi poderdante con el Municipio [sic] de Cúcuta es sobre un bien de uso público, según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, este tipo de contratos son absolutamente nulos por objeto o causa ilícita, nulidad insaneable, razón más que suficiente para declararlo nulo y por ende también declarar la nulidad de todos los actos administrativos con el consecuente restablecimiento del derecho [...] y con el reconocimiento del derecho a la reubicación por tratarse de una plaza de mercado público en igualdad de condiciones que los demás usuarios de los mercados a los cuales los reubicaron y los convirtieron en propietarios de su propio [sic] local en las nuevas edificaciones de CENABASTOS [...] De considerarse como bien de uso público, el contrato de Fecha Julio [sic] 16 de 2.004 adolece de nulidad absoluta, y puede ser declarado nulo, inclusive a pesar de que no se haya demandado la nulidad por dicha causa, pues la declaración puede ser oficiosa dado que ambas partes están representadas en el presente proceso [...] El contrato de fecha febrero 1 de 2.004 celebrado entre Serviempleos Limitada y mi poderdante, no puede ser declarado absolutamente nulo por cuanto dicha empresa no está vinculada al presente proceso, pero en caso de poderse declarar nulo por obrar como parte quien lo contrató y autorizó para subarrendar que es el Municipio [sic] de Cúcuta, lo cierto es que en las restituciones mutuas, a mi poderdante se le deben devolver los cánones de arrendamiento, ordenarse el pago de las mejoras puestas de buena fe por mi poderdante sobre el inmueble para evitar un enriquecimiento sin causa de la administración municipal y el pago de una indemnización según dictamen que obra dentro del expediente para que se reubique en otro lugar donde pueda seguir desarrollando su derecho al trabajo en condiciones de igualdad con los demás usuarios de los mercados públicos [...] ó simplemente reconociendo el derecho de retención sobre el

incumplimiento del contrato de 1 de febrero de 2004¹⁷; (4) había prueba del constreñimiento al que fue sometida la demandante para firmar el contrato de arrendamiento con la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana del municipio de Cúcuta¹⁸; y, (5) debe declararse la nulidad de los actos expedidos por el Secretario de Gobierno del municipio de Cúcuta¹⁹.

inmueble hasta el momento en que el Municipio [sic] de Cúcuta ofrezca la reubicación en otro inmueble de iguales o mejores características sin traumatismos comerciales, económicos y financieros para su establecimiento de comercio como alternativa reconocida en la ley y la jurisprudencia. En la providencia tampoco se analizó el hecho de que mi poderdante era poseedora del bien inmueble desde antes del año 2.001 [...] Entonces, si nunca le han sido entregados los inmuebles al Municipio de Cúcuta y este a su vez nunca se los ha entregado a nadie, entonces es ilegal la forma como subarrendó a Serviempleos Ltda., y más ilegal la forma como Serviempleos Ltda., Subarrendó [sic] a mi poderdante” [fls.367 a 369 cp].

¹⁷ “[...] el contrato fue incumplido mediante la expedición de actos administrativos con desviación de poder, abuso del poder y abuso del derecho, y esos actos administrativos además que demuestran el incumplimiento de este contrato [...] pues esos actos administrativos aún cuando el Municipio [sic] de Cúcuta quiera vincularlos solamente al contrato de Julio [sic] 16 de 2.004, lo cierto es que es falsa la motivación pues están vinculados al contrato de Febrero [sic] 1 de 2.004 y precisamente por la expedición de esos actos administrativos con falsa motivación, con desviación de poder, con abuso del derecho, es que sitúa el conocimiento del asunto respecto del incumplimiento del contrato de fecha Febrero [sic] 1 de 2.004 en la jurisdicción contenciosa administrativa” [fl.385 cp].

¹⁸ Según la apelación la “declaración rendida ante notario público y respaldada con las declaraciones rendidas por las personas llamadas a declarar, dando cuenta de los mecanismos utilizados por la Administración para constreñir la voluntad [...] luego no puede el Juez ampararse en consideraciones meramente subjetivas, sin realizar un análisis oportuno y adecuado de la prueba allegada al proceso para exponer que no se alcanza certeramente con los dichos de los testigos. La ausencia de consentimiento, si bien no se da respecto al objeto del contrato como era el arrendamiento del bien inmueble, si se evidencia respecto a las cláusulas [sic] que en forma unilateral modificó el Municipio [sic] y por intermedio de sus Agentes como se demostró coaccionó a mi Poderdante, para que prácticamente renunciara al reconocimiento de las mejoras, que ya habían sido determinadas por quien inicialmente suscribió el contrato en representación del Municipio, como fue la firma Serviempleos Ltda, llegando inclusive como se acreditó en el proceso al cierre del establecimiento, por parte de la Inspección de Policía, mecanismos utilizados para constreñir la libre voluntad de mi Poderdante [sic] y obligarla a firmar un contrato con cláusulas totalmente ajenas a la intención [sic] con que le fue dado en arriendo el inmueble, situación que causo [sic] graves perjuicios como se expreso [sic] y probó en la Demanda [sic]” [fls.365 y 366 cp].

¹⁹ “[...] lo cierto es que la sentencia apelada es equivocada y debe ser revocado en la medida que no se consideró que todos los actos administrativos si tenían y tienen que ser declarados nulos por un vicio de nulidad evidente y de bulto consistente en que el acto administrativo principal (El inciso final del Oficio SGCSC 000250 del 6 de Marzo [sic] de 2.006) no está motivado, no fue producto de un trámite administrativo con respeto al debido proceso y el derecho a la defensa (Artículo 29 de la Constitución Política) y el artículo 35 del C.C.A., fue producto del abuso de derecho, desviación de poder y desconocimiento de los principios generales del derecho en especial el de enriquecimiento sin causa [...] por tratarse de contratos de derecho privado de la administración, el Secretario de Gobierno Municipal no tenía competencia para declararlo terminado, la violación era y es ostensible, dado que si el Secretario de Gobierno consideraba que existía alguna causal para dar por terminado el contrato, entonces era su obligación y debía acudir a la vía Judicial [sic] [...] pero no podía hacerlo él mediante un acto administrativo unilateral de donde se concluye de bulto, que todos los actos administrativos dictados por el Secretario de Gobierno Municipal están viciados de nulidad por falta de competencia, partiendo del acto administrativo principal” [fl.371 cp].

10 En auto del 15 de abril de 2010²⁰, el Tribunal Administrativo del Norte de Santander concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación presentado por la parte actora.

5. Actuación en segunda instancia.

11 Mediante auto de 6 de agosto de 2010²¹, ésta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander. Acto seguido, en auto de 12 de noviembre de 2010²² se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

12 La parte demandante presentó alegatos de conclusión en escrito radicado el 20 de noviembre de 2012²³. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., aplicable en lo contencioso administrativo según se deduce del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por ésta razón el *ad quem*, por regla general, no puede enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso. En consecuencia, la competencia del superior generalmente se encuentra circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido motivo de su inconformidad. Como apeló la parte demandada, la Sala de Sub-sección abordará el mismo con el alcance que la Constitución, la ley y la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] han determinado.

²⁰ Fl 461 cp.

²¹ Fl 466 cp.

²² Fl.471 cp.

²³ Fls 473-670 cp. En el extenso escrito, la apoderada de la parte actora recalcó los argumentos esbozados en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal, añadiendo en el acápite del restablecimiento del derecho, las conclusiones expuestas por el dictamen pericial con el fin de reforzar las pruebas que lleven a indemnizar los perjuicios reclamados por concepto de las mejoras realizadas a los inmuebles arrendados, señalando que “*éstas deben ser reembolsadas por el arrendador dado el incumplimiento del contrato, en obediencia al principio del enriquecimiento sin causa (...)*”.

2. De la lectura de la demanda, como de la apelación se encuentra que la demandante centra el debate en la siguiente cuestión: (1) debía pronunciarse de fondo y no sólo afirmar que se trató de un contrato de derecho privado; (2) debía tenerse en cuenta la naturaleza estatal del contrato de arrendamiento celebrado entre SERVIEMPLEOS LIMITADA y ALBA MARINA GAMBOA ORDUZ; (3) se demostró del incumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado el 1 de febrero de 2004; (4) se demostró que la demandante fue constreñida para firmar el contrato con la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana del municipio de Cúcuta; y, (5) debía declararse la nulidad de los actos administrativos expedidos por la misma Secretaría.

3. Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: (1) alcance del mandato y de la representación; (2) contrato de arrendamiento y subarriendo; legitimación en la causa por activa; (3) responsabilidad precontractual; (4) vicios del consentimiento en la formación del contrato y nulidad relativa; (5) determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo; (6) análisis del caso en concreto; y, (7) procedencia o no de la condena en costas.

1. Alcance del mandato y de la representación.

4. El contrato de mandato, según la doctrina autorizada, históricamente “aparece en Roma reconocido por el *praetor peregrinus* producto del *ius gentium*, como contrato consensual, de servicios, en un principio una tarea determinada, que el mandante encargaba a persona de su entera confianza, de ordinario un amigo, que desempeñaba la gestión gratuitamente; así aparece en las Instituciones de GAYO (3.137). En esa razón, era evidente su naturaleza evidente (Inst. 3.155). La gratuidad y el *intuitus personae* eran caracteres esenciales de la figura. “Hacer alguna cosa”; el encargo, la tarea, podía ser tanto una actividad jurídica, como una obra o un trabajo material. Con el correr del tiempo y la dignificación y valorización del trabajo, la estructura y la

disciplina del mandato fueron cambiando, de modo que hoy cubre multitud de actividades y oficios, se profesionalizó y, sobre todo, se presume remunerado”²⁴.

Siguiendo esta misma línea histórico jurídica y su armonización con la legislación vigente, se concibe que efecto “ cierto del mandato es la obligación de ejecutar el encargo (obligación de hacer calificada consistente en una *cooperación* jurídica), mientras que el acto de apoderamiento resalta por su función prístina de legitimación, esto es, de habilitación dispositiva. De esa manera, normativamente es del todo incuestionable que el encargo propio del mandato puede implicar que el mandatario haya de obrar en nombre del mandante y que, además, tenga que decidir con mayor o menor amplitud y hondura cómo obrar y los términos de su actuación, caso en el cual se tendría un mandato representativo; como también puede suceder que las atribuciones del agente se limiten a transmitir un mensaje del *dominus*, o que este determine que su apoderado obre en su propio nombre, caso en los cuales no habría representación [...] De ahí se sigue la índole contractual del mandato y su función de encargo de servicios personales para la atención o gestión de asuntos concernientes al mandante, que el mandatario asume, independientemente de si es representativo o no representativo”²⁵.

4.1. El contrato de mandato, de conformidad con lo establecido en el artículo 2142 del Código Civil²⁶ es un contrato mediante el cual, el mandatario es el encargado de celebrar un negocio jurídico, que puede ser por cuenta ajena pero en su propio nombre, o por cuenta ajena y a nombre de otro²⁷. En este último caso produce los mismos

²⁴ HINESTROSA, Fernando, *La representación*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p.63.

²⁵ HINESTROSA, Fernando, *La representación*, ob., cit., pp.64 y 65.

²⁶ El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de marzo de 2012, expediente C-1569331890012003-00178-01. “[...] Desde el punto de vista jurídico, la noción de mandato viene asociada a la idea de favor o de encargo, ya sea que el colaborador actúe en nombre propio o en nombre de quien requiere del auxilio ajeno. Se trata, entonces, de un instrumento de integración y colaboración que facilita satisfacer intereses del comitente, en cuyo beneficio se realizan actos que por circunstancias de diversa índole, no puede o no desea llevar a cabo él directamente. Tal herramienta permite, pues, que a través de una superposición personal, un sujeto de derecho realice una gestión por o para otro, ya como simple benevolencia, ora a cambio de una contraprestación”. Corte Constitucional, sentencia C-1178 de 8 de noviembre de 2001. “[...] Como es bien sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1252 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto que el apoderamiento es

efectos en el negocio jurídico celebrado como si hubiera contratado directamente el representado²⁸.

Es importante recordar que en el contrato de mandato el mandatario actúa en su propio nombre, o en nombre de otro, pero siempre por cuenta ajena²⁹, o puede tratarse de un encargo no representativo³⁰.

un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación. Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser *res inter alios acta*".

²⁸ Artículo 1505 Código Civil. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo. Artículo 833 del Código de Comercio. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de abril de 2007, expediente 00645. "[...] Empero, y esto debe recalcarse firmemente, en una y otra hipótesis, es decir, sea que el mandato tenga por objeto la realización de actos mercantiles, o ya la ejecución de actos de cualquier otra especie, lo cierto es que conforme a los principios cardinales que gobiernan en nuestro ordenamiento la materia, bien puede acontecer que el mandatario actúe en representación del mandante, esto es, haciendo explícita ante los terceros con quienes contrata la condición en que actúa, que no es otra que la de procurador del *dominus*, cuyo patrimonio, subsecuentemente, compromete directamente frente a dichos contratantes, o también puede acontecer que, por razones de disímil temperamento, les oculte esa situación, cual lo prevén los artículos 2177 y 1162 de los códigos Civil y Comercial respectivamente, y contrate con ellos como si el negocio fuese propio, hipótesis en la cual es incontestable que frente a dichos terceros, no implica derechamente al mandante, motivo por el cual a aquellos les está vedado accionar directamente contra éste, y viceversa. En la primera hipótesis, esto es, cuando el mandatario actúa en nombre del mandante y por cuenta de éste, lo tienen definido la doctrina y la jurisprudencia patrias, el mandato es **representativo**, y se caracteriza, además de las particularidades ya anotadas, porque el mandatario obra en virtud de un poder que hace conocer a quienes con él contratan, dándoles a entender de manera indubitable que las operaciones que realiza se radicarán directamente en el patrimonio del otro, en cuyo nombre obra, y con quien deberán entenderse a efectos de ejercer los derechos y acciones derivados del contrato realizado. En cambio, el mandato es **no representativo**, según terminología ampliamente aceptada en nuestro medio, cuando, como ya ha quedado señalado, no exterioriza a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otro, inadvertencia que, como es apenas obvio, y dado el carácter relativo de los contratos apareja que entre mandante y terceros no surjan vínculos jurídicos y carezca, por ende, de legitimación para emprender acciones judiciales entre sí. Es diáfano, por el contrario, que frente a esos terceros con quienes contrata, el mandatario aparece como titular de los derechos que agencia, así como de las acciones derivadas del contrato. No obstante, esto no quiere decir que el sustituido se mantenga totalmente al margen de la situación y que los resultados del negocio no lo alcancen: por supuesto que el intermediario, aunque obra frente a terceros en nombre propio, sigue haciéndolo por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto. <<Significa lo anterior, en resumen, tiene dicho la Corte, que el carácter del mandato no representativo estriba en que interiormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación –se repite– no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su

Ahora bien, en materia mercantil, el mandatario no lleva la representación del mandante, por cuanto mediante el acto de apoderamiento se faculta al mandatario el poder de actuar en representación del mandante. Entonces, en el mandato mercantil, para representar a otro, será necesario un acto de apoderamiento³¹. Este evento se trata cuando se celebrarán negocios que requieran de escritura pública, por tal motivo, se requiere por escrito el acto de apoderamiento³². Este acto de apoderamiento consistirá en otro negocio jurídico que puede ir acompañado de otros negocios jurídicos como propio mandato.

Por lo tanto, el poder, consiste en la facultad de celebrar negocios jurídicos en nombre de otra persona, y el apoderamiento es un acto jurídico por medio del cual se otorga la facultad a otra para representar a otro en los negocios jurídicos.

mandante. Por lo tanto, forzoso es diferenciar la relación entre aquél y los terceros, de un lado, y del otro la relación entre el mandante y el mismo mandatario que fungió como gestor de sus intereses; no existe, pues, vínculo directo del mandante y los terceros como sí se presenta en el mandato común, lo que en materia de obligaciones lleva a sostener que, en tesis general, tratándose del mandato no representativo no hay un deber, espontáneo e inmediato, de prestación a favor del tercero contra el mandante o viceversa, postulado este cuya razón de ser se halla en que, dadas las particulares características de esta forma de contratación, los terceros y el propio mandante la usan porque abrigan confianza en el proceder del mandatario en cuanto hace con el cumplimiento de su cometido y por eso, enseñan autorizados expositores, lo hacen funcionar como una especie de 'órgano conmutador' en el sentido de que siendo dueño del negocio, en él está la titularidad de derechos y obligaciones, pero obviamente los riesgos que a éstas son inherentes y por cuanto desde un punto de vista preponderantemente económico ellas van a redundar en provecho del mandante, tendrán que gravitar – dichos riesgos- sobre el patrimonio de este último y no sobre el que quien fuera su mandatario, concepto del que con facilidad se comprende, se siguen consecuencias de notable importancia para el estudio del caso sub lite>> (Casación del 11 de octubre de 1991)".

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de septiembre de 2010, expediente C-0561531840022004-00353-01. "[...] Como se sabe, el mandato puede llevar o no la representación del mandante, según se previene en los artículos 1262 del Código de Comercio y 2177 del Código Civil. Sin embargo, cuando se trata del encargo no representativo, se entiende que aunque el procurador, en ejercicio de sus funciones, actúa en nombre propio, en el fondo lo hace por cuenta ajena. En este caso, los efectos jurídicos del negocio de que se trate se radican en el mandatario, pero esto no quiere decir que el comitente se mantenga al margen de sus consecuencias, puesto que así aquél externamente obre en nombre propio, sigue actuando, en palabras de la Corte <<por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto>> [sentencia 036 de 7 de abril de 2007, expediente 00645]. Esto significa, en el evento del mandato oculto, que aunque el mandatario se hace titular de los derechos, lo cierto es que, en cumplimiento de sus obligaciones, posteriormente se encuentra compelido a transferirlos a quien el comitente haya señalado, que puede ser él o un tercero". Puede verse: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de marzo de 2012, expediente C-1569331890012003-00178-01.

³¹ Código de Comercio. Artículo 1262. "[...] es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra".

³² Artículo 836 Código de Comercio. El poder para celebrar un negocio jurídico que deba constar por escritura pública, deberá ser conferido por este medio o por escrito privado debidamente autenticado.

Ahora bien, en materia civil, el celebrar en nombre de otro o en su propio nombre es un elemento de la naturaleza³³. Aun cuando en ambos mandatos son negocios jurídicos de carácter consensual, en el mercantil se requerirá por escrito el acto de apoderamiento cuando se realicen negocios jurídicos que se hagan por escritura pública.

4.2. Con base en los anteriores argumentos, la Sala considera necesario, además, distinguir entre el contrato de mandato y la representación. De acuerdo con la doctrina el “mandato comporta de suyo la representación, pero esta puede resultar de un apoderamiento conferido a propósito en desarrollo del contrato, o insertado o engastado en él, llamado a prolongarse en el tiempo, o simplemente ocasional. La diferenciación entre aquel y esta es fundamental, pero la simbiosis, o mejor la confusión, se mantiene. Ahora bien, el mandatario, que de todos modos actúa para el *dominus*, puede obrar a nombre de este o a nombre de propio (art. 2177 c.c.), sin que ello signifique que es él quien decide si hay o no representación (directa), por cuanto siempre ha de proceder siguiendo las instrucciones del poderdante [“la investidura la recibe el gestor del acto de apoderamiento, potestativo del *dominus*, ante todo en cuanto a la forma en que ha de obrar, y no es él el llamado a decidir a su arbitrio si obra a nombre ajeno o en el propio”]. Otra cosa es que de su iniciativa, inconsultamente o en rebeldía, resuelva contratar en su propio nombre (representación indirecta), con las consecuencias sabidas de su sola vinculación personal y su responsabilidad para con el mandante, esto es, obrando como agente oficioso. Es más, al margen de las instrucciones impartidas por el poderdante y de la interpretación del poder como directiva para obrar en nombre de aquel, caso en el cual menos podría aceptarse la actuación del gestor en nombre propio, aun en el supuesto de ausencia de directriz, el apoderado no podría escoger a su guisa la forma de ejercer el poder. Todo ello, naturalmente, en el ámbito de las relaciones de gestión entre *dominus* y representante”³⁴.

³³ Artículo 2177 Código Civil. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.

³⁴ HINESTROSA, Fernando, *La representación*, ob., cit., pp.69 y 109. “[...] La representación implica una legitimación excepcional, mejor aún, puede decirse que consiste en ella, “la esencia de la representación es el poder”, cualesquiera que sean su razón de ser o su origen; poder para ante los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato y, declarando que obra en nombre y por cuentas ajenos, sin vincularse personalmente, y sí haciendo que todos los efectos de su actuación desemboquen inmediatamente en el *dominus*”.

4.3. Debe agregarse siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección C, también, que según lo consagrado en el artículo 1505 del Código Civil y en el artículo 833 del Código de Comercio, la hipótesis avalada legalmente es que los actos que una persona celebre o ejecute a nombre de otra estando facultada por esta para ello, produce efectos directamente frente al representado, pues es tanto como si hubiera actuado él mismo³⁵.

Por consiguiente, si alguien celebra un negocio jurídico a nombre de otro y se le ha facultado para ello y para todo lo atinente a él sin limitación alguna, es obvio que sus facultades comprenden no sólo la etapa de la celebración del negocio, sino también la de la ejecución, y la posterior a esta³⁶.

4.4. Delimitado el alcance del mandato y de la representación como presupuesto necesario para el análisis del caso en concreto, la Sala estudia el contrato de arrendamiento y el subarriendo.

2. Contrato de arrendamiento y subarriendo.

5. Con fundamento en la jurisprudencia de la Sub-sección C, son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido [artículo 1973³⁷ del Código Civil]³⁸. En el arrendamiento la facultad del arrendatario de usar la cosa es un elemento esencial³⁹.

5.1. Luego, fluye de lo anterior que una de las obligaciones principales del arrendador es entregar la cosa al arrendatario para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla⁴⁰.

³⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

³⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

³⁷ Código Civil. Artículo 1973. “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

³⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22168. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

³⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

Otra obligación principal del arrendador es *“librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”* [numeral 3º del artículo 1982⁴¹ del Código Civil]⁴².

El arrendador se obliga a mantener la cosa arrendada, en los términos del artículo 1985 del Código Civil, en buen estado realizando durante la ocurrencia del arriendo *“todas las reparaciones necesarias”*, con excepción de las locativas que están generalmente a cargo del arrendatario.

De acuerdo con el artículo inciso tercero del artículo 1986 del Código Civil el *“arrendatario tendrá, además, derecho para que se el abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla”*.

Ahora, con relación a las reparaciones locativas el artículo 1998 del Código Civil consagra que el *“arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc”*, siempre que estas no provengan de fuerza mayor, caso fortuito, o de mala calidad de la cosa arrendada ya que en esos eventos el obligado es el arrendador⁴³. Por estipulaciones contractuales se pueden modificar estas obligaciones.

Cuando el arrendatario realiza en la cosa arrendada reparaciones necesarias no locativas, en los términos del artículo 1993 del Código Civil el arrendador queda obligado a reembolsar el costo de las mismas *“siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto,*

⁴¹ Código Civil. Artículo 1982. “El arrendador es obligado: a.) A entregar al arrendatario la cosa arrendada. 2.) A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada. 3.) A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”.

⁴² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁴³ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de julio de 2013, expediente 23646.

para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad”.

No ocurre lo mismo con las denominadas mejoras útiles, ya respecto de ellas consagra el artículo 1994 del Código Civil que el arrendado no está obligado a reembolsarle su coste al arrendatario, sin perjuicio de que éste pueda *“separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados”.*

Si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica [artículo 1986 del Código Civil], el arrendatario es perturbado por el arrendador en el use y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación [artículo 1987 del Código Civil]⁴⁴.

Por consiguiente, la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce⁴⁵.

Se consagra, también, en el artículo 2004 del Código Civil que el arrendatario puede quedar facultado para subarrendar, siempre que esta haya sido expresamente concedida, pero en tal evento *“no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”.*

5.2. Ahora, siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección C, como *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”* [artículo 1626 del Código Civil] y este debe hacerse *“bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación”*, se sigue que si el arrendador no entrega la cosa arrendada o perturba al arrendatario en el goce de ella,

⁴⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁴⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22168.

estará incumpliendo el contrato y este comportamiento implicará el deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño⁴⁶.

Pero, además, si en este contrato interviene como parte una entidad estatal, la demostración de aquellos extremos también implicará que se presente como única prueba pertinente para ello el documento que lo contiene, toda vez que el contrato estatal es solemne por regla general⁴⁷.

5.3. De otra parte, los contratos de arrendamiento que celebren entidades públicas estatales, sin perjuicio de no encontrarse regulado en la Ley 80 de 1993, se someten al régimen jurídico según la regla del artículo 13 de la misma ley, rigiéndose, entonces, por las normas civiles y comerciales correspondientes, salvo en los aspectos particularmente regulados por la legislación contractual estatal, en armonía con lo establecido en el artículo 1981⁴⁸ del Código Civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con base en la jurisprudencia de la Sub-sección A de la Sección Tercera, se considera que con base en el artículo 20.1 del Código de Comercio “el arrendamiento de bienes inmuebles con el propósito de subarrendarlos constituye un acto de comercio”⁴⁹

5.4. Así mismo, en la jurisprudencia de la Sub-sección C se sostiene que el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 perentoriamente dispone que en los contratos de arrendamiento que celebren las entidades estatales “*se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales*”, quedando, entonces, comprendida dentro de esta prohibición la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato⁵⁰.

⁴⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁴⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22168.

⁴⁸ Código Civil. Artículo 1981. “Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales”.

⁴⁹ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 27776.

⁵⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

En consecuencia, si en un contrato de esta laya la Administración incorpora la potestad excepcional de darlo por terminado unilateralmente, esa cláusula es absolutamente nula porque se está pactando contra expresa prohibición legal⁵¹.

Y como tal cláusula no se refiere a una que contenga alguno, varios o todos los elementos estructurales del contrato de arrendamiento, la conclusión obligada es que su invalidez no se extiende a todo el contrato de arrendamiento⁵².

Luego, como para dar por terminado unilateralmente el contrato la Administración debe proferir un acto administrativo que así lo disponga, se sigue que si la cláusula que prevé la potestad de terminación unilateral es nula por haberse pactado contra expresa prohibición legal, también son nulos los actos administrativos que se fundamenten o apoyen en ella⁵³.

Luego, mal puede cualquiera de las partes contractuales aducir que la “*autonomía de la voluntad*” convalida semejante pacto y actuación pues admitir esto equivale a aceptar que la voluntad de los destinatarios de las normas prevalece sobre el querer imperativo de la ley⁵⁴.

5.5. Delimitado conceptualmente el concepto, régimen y elementos del contrato de arrendamiento, la Sala analiza los presupuestos para determinar la legitimación en la causa.

3. Legitimación en la causa.

6. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C la legitimación en al causa consiste, de un lado, en ser titular de la relación jurídica, del derecho o del interés que se invoca como fundamento de las pretensiones que se aducen, y, de otro lado, en ser

⁵¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

⁵² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

⁵³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

⁵⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

el sujeto frente a quien deben presentarse y controvertirse esas concretas pretensiones⁵⁵.

Por consiguiente, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal sino una condición necesaria para obtener una sentencia favorable a las pretensiones⁵⁶.

En efecto, si quien carece de legitimación en la causa son los demandantes, o alguno de ellos, no se puede acceder a las pretensiones que aducen toda vez que no ostentan la titularidad de la relación jurídica, del derecho o del interés sustancial que les sirve de soporte a sus pedimentos; y si quienes no están legitimados en la causa son los demandados, o alguno de ellos, ninguna pretensión puede ser concedida en su contra puesto que lo pretendido ha debido controvertirse con otro u otros sujetos⁵⁷.

7. Establecidos los presupuestos para determinar la legitimación en la causa, la Sala examina la responsabilidad precontractual que puede operar, especialmente por vicios del consentimiento en la formación del contrato.

4. Responsabilidad precontractual. Vicios del consentimiento en la formación del contrato. Constreñimiento, coacción o intimidación.

8. La Sala se plantea el siguiente cuestionamiento: ¿En el contexto del Estado Social de Derecho puede predicarse la existencia de un régimen de responsabilidad en materia de contratación que responda a exigencias causalistas? O ¿un régimen de cumplimiento de deberes normativos, de obligación positiva y de eficacia en la realización de las misiones estructurales de la administración pública para la vida de todos los ciudadanos?

⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁵⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

⁵⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 35138.

8.1. Para responder a este cuestionamiento, lo primero que se advierte es que no es difícil plantear la existencia de la responsabilidad del Estado derivada de la actividad precontractual con sujeción a la cláusula general del artículo 90 constitucional⁵⁸, que llama a la comprobación de un daño antijurídico, una imputación a una entidad pública o a un particular que ejerza funciones públicas, y a la consecuente reparación integral del perjuicio ocasionado.

4.1. La buena fe en el iter contractual.

9. La buena fe, siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección C, como principio “debe estar presente en todo el *iter* contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual”⁵⁹. En especial, y aplicable en materia de contratación estatal⁶⁰, el artículo 28 de la ley 80 de 1993 lo hace operativo, y cabe integrarlo a lo consagrado por el artículo 863 del Código de Comercio consagra que en el período precontractual las “partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa”, ya que en caso contrario deben indemnizar los perjuicios causados⁶¹.

9.1. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera:

“[...] la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el

⁵⁸ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp.143 y 145. “En los sistemas con fórmula general o abierta de responsabilidad civil aquiliana (que permite la reparación de los daños derivados de la lesión de cualquier interés digno de protección y no solo de los preestablecidos por el legislador), los casos de responsabilidad precontractual han de considerarse de responsabilidad extracontractual [...] La tensión entre la contractualidad y extracontractualidad se refleja en el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Según el Reglamento (artículo 12), la ley aplicable a las obligaciones *extracontractuales* que deriven de los tratos previos a la celebración del contrato con independencia de si el contrato se llega a celebrar o no, será la aplicable al contrato o la que se habría aplicado si el mismo se hubiera celebrado (y, si no se puede determinar de ese modo la ley aplicable, se establecen reglas específicas para ello). Puede decirse que en la norma europea hay una consideración de la responsabilidad precontractual como extracontractual aunque ello sea para no tratarla como tal”.

⁵⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, en *Revista de Derecho privado*, N° 11, 2006, pp.85 y 86.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006.

⁶¹ Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2015, expediente 31618.

convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva. Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

Así que entonces, la buena fe objetiva *“que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte⁶², y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”*, es la fundamental y relevante en materia negocial y *“por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”*,⁶³ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben *“celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho *“constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”*⁶⁴⁶⁵.

9.2. Determinado el alcance del principio de buena fe, debe afirmarse por la Sala que este es aplicable de manera uniforme tanto a la administración pública, como a todo particular, surtiendo efectos en todas las actuaciones de estos⁶⁶, para así estudiar el daño antijurídico contractual y precontractual.

⁶² En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁶⁴ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 24897.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2015, expediente 31618. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, pp.758 y759. “[...] La parte responsable de *culpa in contrahendo* está obligada al resarcimiento de los daños, con prescindencia de la naturaleza, privada o pública, del sujeto a quien sea imputable la violación de las negociaciones. Dicha precisión parece obvia en un ordenamiento que se funda en el principio de la igualdad (art. 3 Const.) y que ciertamente subordina también a los sujetos públicos a las normas que todo

4.2. Daño antijurídico contractual y precontractual.

10. A este respecto es preciso señalar que el daño antijurídico en materia de contratación estatal o en la etapa previa a la celebración del contrato, ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona⁶⁷; esa lesión debe ser producto de una acción, omisión o inactividad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones pública administrativas de naturaleza precontractual, que la víctima no está en el deber de soportar.

10.1. Son dos escenarios los que concurren en el daño precontractual: i) el de la libertad negocial descrito por el artículo 333 de la Constitución Política, y ii) el del respeto al orden jurídico legal y la buena administración, descrito por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En los dos se exige a la administración y a los particulares que pretenden contratar con ella, un comportamiento leal que denote buena fe objetiva.

4.2.1. Contexto legal.

11. De otra parte, y en forma coordinada con la norma constitucional que se viene de comentar, la Ley 80 de 1993, en el artículo 40 establece que las estipulaciones en los contratos estatales deberán hacerse de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las desarrolladas por esa misma ley, que correspondan a su esencia y naturaleza.

4.2.2. Contexto legal civil y comercial.

12. En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún

miembro de la comunidad está obligado a respetar, cuando quiera que no obren en el ejercicio de una potestad reservada”.

⁶⁷ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p.562. “El que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo en cuanto sea del mismo responsable y hasta donde alcance su responsabilidad”.

después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe⁶⁸.

12.1. El primero de los preceptos citados prevé que los contratos deben *“celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

12.2. Pero además, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa”*⁶⁹ en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado⁷⁰.

12.3. Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refieren estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

⁶⁸ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que *“deberán ejecutarse”*, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual.

⁶⁹ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión *“exenta de culpa”* vid.: NEME VILLARREAL.; Martha, L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; NEME VILLARREAL, Martha L., “La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio”, en *Revista de Derecho Privado* No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁷⁰ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.”* Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471.

12.4. Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, *“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”*,⁷¹ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y *“por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”*⁷² o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

12.5. En esta misma perspectiva, el caso italiano resulta paradigmático. En efecto, el artículo 1337 del codice civile, establece que: *“Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de buena fe”*.

4.2.3. Contexto legal específico en materia de contratación estatal.

13. Ahora bien, coherente con estos postulados la ley de contratación estatal, ley 80 de 1993, con las reformas contenidas en la ley 1150 de 2007, establece unas reglas que desarrollan el principio de la buena fe y que destacan la posición de la administración como un actor más del mercado y no su gestor en el escenario contractual y precontractual.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁷² Ibídem.

13.1. Adicionalmente, el artículo 26 de la ley 80 de 1993, que desarrolla el principio de la responsabilidad, establece otros comportamientos que indican que tanto la administración como los particulares, en el ámbito de la contratación y la pre contratación deben comportarse de buena fe.

13.2. Visto, entonces, el daño como primer elemento que configura la responsabilidad contractual y precontractual, y la normatividad que regula este tipo de responsabilidad, se ocupa ahora la Sala de analizar el segundo presupuesto, esto es, la imputación del daño a alguna de las partes contractuales.

4.3. Imputación del daño precontractual y contractual.

14. La imputación, como sabido se tiene, es el juicio motivado de atribución del daño antijurídico al Estado [administración pública en el ejercicio de todos los poderes públicos] y particulares que cumplan funciones públicas.

14.1. Este juicio motivado exige analizar dos ámbitos:

- a. **Ámbito de atribución fáctica:** Este ámbito hace referencia al análisis que desde la perspectiva de la causalidad [imputación desde la acción⁷³] cabe hacer dentro del juicio de imputación, procurando determinar el alcance de la relación de causalidad, las eximentes que pueden operar, y la concurrencia causal que puede afectar este momento de estudio de la imputación; es en este último contexto en el que se debate sobre la relación de causalidad, sus teorías de causalidad adecuada, eficiente, directa próxima, o de la equivalencia de las condiciones.

⁷³ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.II, ob., cit., p.564. “[...] por “acción” todo obrar humano voluntario y, por ello, objetivamente imputable; es decir, *concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho*. Por consiguiente, el concepto jurídico de la acción es distinto que el filosófico, que sólo comprende el obrar querido. Aquél comprende, además, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal inconsciente o involuntario, en tanto se dé la *posibilidad* de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad [...] Sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que, por ello, han de considerarse como controlables por él”.

- b. **Ámbito de atribución jurídica:** Este ámbito es propio del debate de la imputación objetiva⁷⁴, esto es, aquél en el que se indaga qué deberes normativos y positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o que por la posición del Estado frente a medios disponibles razonable y proporcionalmente opera la inactividad para anticipar o prevenir el daño antijurídico.

14.2. En materia de contratación administrativa el ámbito de imputación de la responsabilidad contractual y precontractual es mucho más complejo que en el derecho privado. En efecto, la actividad contractual entre particulares está sujeta a la autonomía privada, a penas genéricamente limitada por el orden público y las buenas costumbres. Por ejemplo, si dos sujetos de derecho privado deciden contratar se escogen mutuamente con absoluta libertad, esto hace que sea un escenario de menor regulación; mientras que cuando contrata la administración pública o particulares que cumplen funciones públicas, se puede incurrir más fácilmente en la responsabilidad del artículo 90 constitucional por omisión de deberes normativos, dado que esta contratación se encuentra regulada en todo su itinerario, esto es, desde el momento en que se va a escoger con quién contratar hasta las normas específicas de liquidar los contratos.

14.3. Así las cosas, cualquier desconocimiento de estas normas hace que se pueda imputar a la administración contratante o al particular contratista desde el ámbito de la atribución jurídica, un daño. De suerte que será mucho más frecuente la atribución jurídica que la fáctica en este tipo de responsabilidad.

⁷⁴ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.II, ob., cit., pp.564 a 566. “[...] “Objetivamente imputable” a la voluntad humana es también aquella conducta “involuntaria” que no fue dominada por dicha voluntad, pero que pudo serlo porque se dio en definitiva la posibilidad de un control de la conciencia [...] La medida de la *imputación objetiva* es decisiva también para determinar hasta dónde se han de considerar efectos alejados de la acción como “consecuencias” de la misma en sentido jurídico, que puedan imputarse al agente si se dan los demás presupuestos de la responsabilidad. Objetivamente imputables son [...] todas las consecuencias más lejanas que sean todavía “*adecuadas*” a la acción, es decir, aquellas que según las experiencias de la vida había que considerar como de posible realización y no completamente inverosímiles. Finalmente, son objetivamente imputables al hombre como “consecuencias” de una *omisión* también aquellos sucesos cuya realización –desde luego mediante actuación de su voluntad- le fue posible impedir cuando estaba obligado a intervenir [...] la acción *según su carácter objetivo* infringe un mandato o una prohibición del ordenamiento jurídico; que una acción *semejante* no hubiera debido ser realizada”.

14.4. A propósito de los motivos que pueden generar la responsabilidad precontractual, la doctrina establece lo que ha denominado grupos de casos de responsabilidad precontractual⁷⁵ así: i) la ruptura injustificada de las negociaciones ii) la celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual y iii) la celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de deberes precontractuales⁷⁶.

14.5. En relación con el primero de estos grupos se reconoce, desde un punto de vista de derecho comparado, que la ruptura de las negociaciones precontractuales es una manifestación de la libertad contractual, sujeta a unos límites. Se está en el segundo de los grupos cuando el comportamiento contrario a la buena fe afecta el consentimiento del otro contratante; y la tercera hipótesis se presenta cuando pese a que el comportamiento desleal de una de las partes no alcanza a afectar la validez del contrato, éste resulta manifiestamente desfavorable, principalmente ocurre por la violación a los deberes de información íntegra y correcta⁷⁷.

14.6. La responsabilidad precontractual cuando se celebra un contrato inválido por violación de la buena fe contractual, derivado de la afectación del consentimiento del otro contratante⁷⁸, que deriva en la nulidad relativa⁷⁹, [según el artículo 1508 Código

⁷⁵ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., p.146.

⁷⁶ PAZ GARCIA, María; OTERO, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, en [Revista para el análisis del derecho, www.indret.com, Barcelona, abril de 2010]. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., p.144. “En la tradición alemana, y como resultado de una *intrincada* elaboración doctrinal y jurisprudencial, los indiscutidos deberes precontractuales de comportamiento se han vinculado a la existencia de una relación obligatoria”.

⁷⁷ MARIA PAZ GARCIA Y MARTA OTERO, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, cit. pág. 50

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de junio de 2011, expediente 20001-3103-003-1998-00238-01. “[...] A voces del artículo 1502 del Código Civil “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1...; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3...; 4...”. GASPAS LERA, Silvia, “Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., p.270. “Como regla general, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Desde este punto de vista el contrato es un concurso de manifestaciones que expresan la voluntad de las partes de obligarse entre sí a dar, hacer o no hacer algo. Por consiguiente, lo que determina que los contratantes queden vinculados legalmente es su voluntad, lo que presupone que ésta es plenamente consciente y libre. Cuando el proceso de formación de esa voluntad, que se desarrolla en la fase previa del contrato, es defectuoso –por ejemplo,

Civil los “vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”⁸⁰], específicamente por haber obrado la fuerza implica a tenor de lo consagrado por el artículo 1513 del Código Civil que el vicio se produce “cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”⁸¹. Agregándose en el inciso segundo de la misma norma que el “temor reverencial, esto es, el solo temor de

porque se produce un error o hay dolo o intimidación- se dice que el consentimiento está viciado. En el contrato existe entonces una irregularidad que permite su anulación”. BARRIO GALLARDO, Aurelio, “La participación del principal y su apoderado en la formación del negocio representativo”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., p.349. “La imputación al dominus de esta clase de responsabilidad [...] procederá en aquellos casos en que se derive de hechos propios, basados en la conducta principal, que actúa con malicia o dolo, en sentido lato entendido como antónimo de buena fe, sea porque incurre en ella de modo directo, p.ej. entrando en tratos preliminares, con el tercero, que luego prosigue su apoderado, aunque también puede abarcar supuestos en los que se sirve en exclusiva de su representante en el intercambio de pareceres en la antesala del contrato. En este último caso sería preciso que impusiera al apoderado, a través de la formulación de instrucciones, unas pautas de actuación contrarias a la buena fe que el representante hubiera de observar, v.gr que el principal ordenara al apoderado la ruptura abrupta de los tratos preliminares en los caso que entraña culpa in contrahendo o la recomendación de emplear técnicas de negociación que impliquen un comportamiento impropio entre agentes económicos, contrarias a los mínimos morales presentes no sólo en la fase de ejecución, sino también durante su génesis del contrato, en especial en aquellos de formación sucesiva”.

⁷⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2015, expediente 52556. “La nulidad relativa puede originarse por [...] III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo [...] La fuerza conforme a los artículo 1513 a 1514 del Código Civil es la presión física o moral de carácter grave y determinante que se ejerce sobre una persona bajo las consideraciones de su sexo, edad o condición, para que celebre un determinado contrato”. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 26 de julio de 2012, expediente 23605.

⁸⁰ COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, T.III, Madrid, Reus, 1924, p.564. “Los hechos que pueden viciar la voluntad y constituyen, por lo tanto, un obstáculo para la validez y, algunas veces, hasta para la formación del contrato son: el error, el dolo y la violencia”.

⁸¹ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 848. “[...] en el caso de la violencia moral el sujeto obra con su voluntad –y de ahí por qué la manifestación sea atribuible a él, a más de material, también psicológicamente- pero encontrándose en una condición de grave perturbación síquica por efecto de la amenaza de un mal grave. El “escoge” estipular el negocio (o estipularlo en determinadas condiciones), pero obra de ese modo para evitar una posible desventura. Entre dos decisiones ninguna de las cuales corresponde a una formación libre de su querer, opta por aquella que le parece menos perjudicial. De ahí surgió el conocido brocardo latino *coactus, tamen voluit*”. COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, T.III, ob., cit., pp.576 y 577. “La violencia es la coacción física o moral ejercida sobre un individuo para determinarle a celebrar un acto. Es una causa de nulidad, porque el temor que hace nacer la violencia vicia la voluntad del contratante. Es necesario para que esto que se cumplan dos condiciones. 1.ª La violencia debe ser <<de tal naturaleza que haga impresión en una persona razonable>> [...] La nulidad no dejará por ello de ser declarada si estas amenazas ridículas han sido dirigidas a una persona de condición y de inteligencia muy inferiores. A la inversa, una coacción capaz de hacer impresión en una persona razonable ordinaria, bastará para anular el contrato, aunque el autor de esta coacción pretenda demostrar que se trata de un hombre de una inteligencia y de una energía tan excepcionales que sus maniobras debían dejarle indiferente”. 2.ª Es necesario que la violencia sea injusta o ilícita”.

desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”⁸².

14.6.1. Así mismo, en los términos del artículo 1514 del Código Civil para *“que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”*.

14.6.2. En la jurisprudencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la fuerza como vicio de la voluntad se comprende como la *“injunta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico”⁸³*, al que se accede con la necesidad, según el mencionado artículo 1513 del Código Civil *“para evitar ‘un mal irreparable y grave’”⁸⁴*.

14.6.3. Siguiendo la misma jurisprudencia, se considera que en *“la valoración de la fuerza, resulta preponderante analizar la “proximidad del efecto adverso objeto de la*

⁸² BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, ob., cit., p.849. “[...] temor derivado de un estado de peligro y violencia no se confunden. Un temor gravísimo puede comportar una alteración del querer y un vicio del consentimiento que, sin embargo, no determina la anulabilidad del negocio por violencia” [“La jurisprudencia ha precisado, sin embargo, que así mismo, un clima general de intimidación puede adquirir caracteres de la violencia invalidante, cuando quiera que sea aprovechado deliberadamente para extraer el consentimiento para el acto de autonomía privada. Al respecto habrá que decidirse si lo que hay es un simple aprovechamiento del temor producido en la contraparte –el llamado “abuso de la situación”, o una amenaza por conducta concluyente”].

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 1969, CXXX-27.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, expediente C-7600131030132000-00177-02. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de abril de 2000, expediente 5410. “[...] la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas... Así, el Código Civil, luego de expresar en el artículo 1502 que ‘para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad...’, es necesario, entre otras cosas, ‘que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio’, determinó en el artículo 1508 que los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; o sea, que a la luz de dicha codificación la validez de un acto jurídico depende, en gran parte, de que la manifestación de la voluntad de todos y cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de la coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes”. Puede verse también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de junio de 2011, expediente 20001-3103-003-1998-00238-01.

*amenaza*⁸⁵, dado que como es natural entenderlo, el tiempo posibilita, inclusive por las vías legales, oponerse a la violencia, o superar el justo temor que infunde el constreñimiento. Por esto, con independencia de la consecuencia que es temida, considera como inevitable por quien sufre la amenaza, entre más remota sea la realización del mal irreparable y grave, menos se presenta el menoscabo de la conciencia y libertad que la ley presupone en las personas de sano juicio para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁸⁶.

14.6.4. De acuerdo con la doctrina *“no cabe afirmar la existencia de vicio del consentimiento cualquiera que sea la naturaleza o alcance del defecto de la voluntad; antes bien, solo cuando concurren determinados requisitos puede protegerse al que lo padeció. Ello es así en la mayoría de los sistemas jurídicos, porque se concede preferencia al principio de estabilidad de los contratos frente a la garantía de la integridad del consentimiento contractual. Esto supone que la confianza en la plena eficacia del contrato por parte de quien no padeció el vicio resulta por lo general protegida salvo si hubiera obrado de mala fe, o de un modo imprudente, o aprovechándose indebidamente de las circunstancias. Se adopta de este modo una perspectiva dinámica de los vicios del consentimiento frente a la perspectiva estática que atiende primordialmente a la declaración de voluntad de la víctima y no tanto a la actuación del destinatario de ésta”*⁸⁷.

4.4. Reparación integral.

15. En cuanto atañe a los perjuicios derivados de la responsabilidad en la fase de formación del contrato, es éste uno de los ámbitos de mayor debate jurídico⁸⁸, ya que

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de junio de 2011, expediente 1998-00238.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, expediente C-7600131030132000-00177-02.

⁸⁷ GASPAR LERA, Silvia, “Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir) *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., p.270.

⁸⁸ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, p.751. “[...] Si, como sucede a menudo, la celebración del contrato está precedida de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consultas entre las partes [...] es natural que en dicha fase, a cuya disciplina dedica el código civil dos normas fundamentales (los arts.

se plantea si su naturaleza es precontractual⁸⁹ [cuya base conceptual se hace radicar en la *culpa in contrahendo*⁹⁰], extracontractual⁹¹, “o si estamos ante un *tertium genus*”⁹², y con qué principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el *neminem laedere*, el abuso de derecho, la equidad, etc.; y de la que pueda hacerse

1337, 1338), se pueden presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe”.

⁸⁹ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, N° 1, 2010, p.189. “[...] Lo que denominamos *culpa in contrahendo*, en un sentido amplio, cubre diferentes situaciones como la nulidad del contrato por dolo o fraude empleado por una de las partes contra otra, la falsa representación, los daños personales o pérdidas económicas ocasionadas en la fase de negociaciones preliminares (ruptura injustificada de negociaciones, deberes de información e información confidencial revelada). Actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más en el ámbito de esta última, es decir, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual, sobre los cuales se centra también esta contribución, con especial atención al fundamento de la *culpa in contrahendo*, a lo largo de los tratos preliminares”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001310303620040003701. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1ª ed, 1ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp.418 y 419.

⁹⁰ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.189 y 190. “[...] La expresión *culpa in contrahendo* fue forjada por Jhering en 1861 con el fin de referirse con ella a la responsabilidad en el periodo precontractual [VON JHERING, Rudolph, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion genagten Verträgen*”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, N° 4, pp.1.113]. La teoría de Jhering fue el resultado de la aplicación del método de la conocida jurisprudencia de conceptos sobre la base de fuentes romanas relacionadas con la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Según las fuentes romanas, el comprador de buena fe tiene una acción contractual para obtener el *id quod interest*. Puede decirse que esto es así al menos en la etapa del derecho romano clásico”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, abril de 2010, p.4. “[...] Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*)”. GALLO, Paolo, *Trattato del contratto, La Formazione*, T.I, Wolters Kluwer, Torino, 2010, pp.255 y 258. “dell’intera questione si appropriò Jhering, il quale formulò la teoria in base alla quale se l’invalidità del contratto è dovuta a colpa di uno dei due contraenti, questi è tenuto a risarcire i danni subiti dalla controparte per aver fatto affidamento nella validità del contratto nei limiti dell’interesse negativo. Jhering, per aggirare le strettoie costituite dal sistema tedesco di responsabilità civile, ancora saldamente ancorato al sistema delittuale romano delle origini, aveva rincondotto la *culpa in contrahendo* nell’alveo della responsabilità contrattuale; conseguente per l’appunto alla violazione dei doveri di correttezza fondati sulla buona fede che si pongono nelle trattative”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, 1996, pp.271 y 272.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de mayo de 1970; de 28 de junio de 1989; de 27 de junio de 1990; de 12 de agosto de 2002. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolph von Jhering. Aproximación doctrinal”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 22, enero-junio, 2012, pp.279 y 280. “[...] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ciertamente encaminada por las sendas trazadas por los litigantes, ha sostenido en cambio un carácter extracontractual de la mencionada responsabilidad precontractual (entrelazada en sus considerandos con matices como el del abuso del derecho y el deber de actuación conforme a la buena fe)”

⁹² TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, N° 1, 2010, p.188.

derivar la exigencia de indemnizar bien sea el “interés negativo o de confianza” o el “interés positivo o de cumplimiento”.

15.1. Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato, la afirmación del principio de buena fe⁹³, al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente⁹⁴.

15.2. De la aplicación del principio de buena fe en la fase de formación contractual, se derivan una serie de deberes⁹⁵, cuya vulneración o incumplimiento por una de las

⁹³ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.195 “[...] La buena fe, como una regla ínsita en todos los sistemas legales de tipo continental o de raíz latina ha sido incluida en el borrador como un principio general. Algo que es especialmente destacable y ha sido también subrayado por la doctrina europea”. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.752. “[...] Esto implica que están obligadas a observar reglas de conducta inspiradas en la corrección (es este uno de los casos en los que el término “buena fe” es empleado en un significado ético y objetivo, o sea como sinónimo de “lealtad”). Por tradición se habla en estos casos de *culpa in contrahendo*, con la advertencia de que la noción de *culpa* es usada en una concepción no restringida a la sola esfera de los comportamientos caracterizados por la negligencia, sino incluso comprensiva de expectativas legítimas, como para alterar la distribución normal de los riesgos y de las cargas conexas a la fase preliminar a la estipulación del contrato”. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p.140. “[...] La invocación de la buena fe como parámetro de conducta extensible a la formación del contrato, que era desconocida en los Códigos decimonónicos, se incorporó expresamente a algunos Códigos del siglo XX. Referencia habitual de ello, aunque no única, ha sido el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942”. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, ob., cit., pp.420 y 421.

⁹⁴ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.193 a 196. En el “Marco Común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual”, se defiende la aplicación, entre otros, los siguientes criterios: (1) las “partes deben actuar de buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*) respecto a la formación de un contrato”; (2) la “parte que rompe injustificadamente las negociaciones, habiendo creado una expectativa de que el contrato iba a celebrarse, debe responder. Es importante que la otra parte pudiera legítimamente esperar que el contrato fuera a perfeccionarse de acuerdo con el principio de la buena fe”; (3) la “buena fe se convierte en un elemento presente desde el primer momento y durante todo el periodo de negociaciones”; y, (4) el responsable por la frustración de la celebración del contrato se hace responsable de del daño ocasionado que debe compensar en cuanto al “interés negativo o de confianza”, que puede comprender tanto el daño emergente, como la pérdida de oportunidad. El artículo 2:301 de “Los Principios europeos del Derecho de contratos” establece: “Negociaciones contrarias a la buena fe. 1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. 3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, ob., cit., pp.5 y 8. En el art. 2.1.15 de los principios *Unidroit*, se establece: “[...] (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

partes precontractuales puede dar origen a la responsabilidad precontractual, es decir, en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

15.3. En la contratación del Estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato⁹⁶, puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del Estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona.

15.4. Desde la óptica de la administración contratante también existe un deber de llevar el proceso de selección iniciado hasta su fin; máxime cuando ya existen sujetos que han presentado ofertas conforme a los términos de referencia diseñados por la misma administración; excepción hecha de la autorización que se le ha dado de revocarlo en protección del interés público o social. Sin embargo, aún en este evento, la terminación intempestiva generará responsabilidad frente a los oferentes.

15.5. En la doctrina de derecho civil se plantea que “cuando el contrato está ya a punto de ser celebrado, es más fuerte la confianza de la contraparte y pueden ser más

⁹⁵ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.140 y 144 [cita 12]. “[...] hay deberes de comportamiento en la etapa precontractual porque ello es exigencia de la buena fe [...] En la tradición alemana, y como resultado de una *intrincada* elaboración doctrinal y jurisprudencial, los indiscutidos deberes precontractuales de comportamiento se han vinculado a la existencia de una relación obligatoria [...] La sentencia del *Reichgericht* de 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239) aludía a una *relación jurídica preparatoria*. En la literatura fue Heinrisch STOLL (<<*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*>>, LZ 1923, pp.523 y ss.) quien sentó definitivamente (porque la idea se había apuntado a unos años antes por VON THUR) que los deberes precontractuales traían causa en una relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales”.

⁹⁶ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.154 y 155. “[...] Un supuesto particular en este universo de casos es el de la interrupción de las negociaciones en el punto en el que (existiendo acuerdo sobre los extremos que habrían de ser el contenido del futuro contrato) se debería cumplimentar un requisito de forma *ad solemnitatem*, de ahí que se hable de negativa a otorgar la forma requerida. En la doctrina alemana, si ambas conocían o debían conocer la exigencia formal, se ha expresado un mayor recelo a establecer una obligación indemnizatoria por parte de quien rehúsa cumplimentar la forma con el argumento de que ello entraría en contradicción con la finalidad perseguida por la ley para establecer la exigencia formal, y dando por bueno que esa finalidad es la de protección contra la precipitación”.

onerosos los compromisos colaterales eventualmente asumidos por ésta última”⁹⁷. En estos eventos se producen daños que generan perjuicios respecto de los cuales procede su compensación, y que pueden comprenderse bajo dos categorías que deben distinguirse: (1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato⁹⁸, como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”⁹⁹, que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

15.6. Advierte la Sala sin embargo, que excepcionalmente podrían reconocerse precontractualmente otro tipo de daños ajenos al interés negativo, los cuales no tienen dificultad cuando se trata de una disminución del patrimonio; en cambio se torna más compleja si el perjuicio consiste en un ingreso futuro. En este mismo orden de ideas se utiliza la categoría de daño emergente, cuando el objeto de la lesión derivada de responsabilidad precontractual es actual y está dentro del patrimonio de la víctima cuando se produce el daño, como ocurre con los gastos asumidos en el desarrollo de las negociaciones; y lucro cesante, cuando la lesión recae sobre un interés que no se encontraba en la esfera del lesionado en el momento del daño, sino a un interés futuro y cierto, que en materia de responsabilidad precontractual tiene que ver con la utilidad futura¹⁰⁰.

⁹⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.753. “[...] Piénsese en la hipótesis en que los sujetos, habiéndose puesto de acuerdo ya sobre todos los elementos esenciales de un contrato de compraventa inmobiliaria, se dan cita en la notaría para el otorgamiento del acto; y supóngase, además, que una de las partes no se presenta a estipular el contrato. El acto, carente de la forma exigida por la ley, no se ha perfeccionado; pero la conducta incorrecta de la parte pudo haber inferido daño a la otra y puede comportar el surgimiento de una responsabilidad precontractual”.

⁹⁸ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.760. “[...] La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones (por ejemplo: expensas de correspondencia y telefónicas, transferencias, pericias, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las “oportunidades favorables” eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos”.

⁹⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.761.

¹⁰⁰ MENDIETA, Jaime, “La culpa in contrahendo. Historia, Evolución y Estado Actual de la cuestión, en *Revist@ e-mercatoria*, Volumen 10, número 2 (julio- diciembre 2011). A propósito de la utilidad esperada

16. Abordado este estudio, la Sala debe finalizar por determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo respecto del cual deben cumplirse con unos presupuestos procesales.

5. Determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo.

17. Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

17.1. Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros. De acuerdo con la constante jurisprudencia de la Sub-sección C, el *“principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”* de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna*

y su prueba, la doctrina ha sostenido: “[...] debemos preguntarnos qué hubiera sucedido si el candidato a parte se hubiera comportado de acuerdo con la buena fe, y qué probabilidades de celebración existirían. En primer lugar, el demandante debe probar que en circunstancias y negociaciones similares ha concluido contratos de esa naturaleza. Solo entonces puede pedir al juez que indemnice con un porcentaje de probabilidad del contrato, proyectado en la utilidad esperada en la conclusión de ese negocio. De igual manera, el demandante debe probar que de no haberse interpuesto la conducta contraria a la buena fe del demandado, el contrato habría sido válido y que, por ende, el beneficio económico de ese negocios hubiese acrecentado su patrimonio”.

de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados”¹⁰¹.

17.2. En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

17.3. Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto”¹⁰².*

17.4. Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”¹⁰³.*

17.5. Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de

¹⁰¹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 20393, Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 29056, entre otras.

¹⁰² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, T.II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 54-55.

¹⁰³ Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 27590, Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 29056.

todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

6. Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente.

18. Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

18.1. En lo relativo a las providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en virtud de las cuales, la inobservancia de ciertos presupuestos procesales conllevan a que el funcionario judicial se abstenga de proferir una resolución de fondo respecto de un determinado asunto que se somete a su decisión.

18.2. Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil¹⁰⁴ y 132 y siguientes del Código General del Proceso.

18.3. Aún más, ni siquiera en tratándose de una inepta demanda, puede afirmarse que se justifique la presencia de un fallo inhibitorio, pues la sola existencia de éste vicio no

¹⁰⁴ Sobre este aspecto cfr. H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General*. T. I, Bogotá, Dupré Ditores, 2009, p. 967 a 977.

impide jurídicamente que el funcionario judicial emita un pronunciamiento de fondo, salvo casos excepcionales tales como la indebida acumulación de pretensiones.

18.4. Pero no ocurre lo mismo cuando el defecto consiste, por ejemplo, en que no se impugna la legalidad de un acto administrativo que se presume válido, se encuentra en firme y está produciendo a plenitud sus efectos y luego se pretende el reconocimiento de unas pretensiones que ya han sido denegadas por medio de éste, pues en tal hipótesis lo procedente no es la sentencia inhibitoria sino una decisión de fondo desestimando lo pretendido en ella.

18.5. Así que en estas circunstancias el juez, en lugar de negarse a resolver el conflicto pues a esto equivale una sentencia inhibitoria, lo que debe hacer es desatar el fondo de la cuestión litigiosa negando lo pretendido por el demandante.

19. Examinados los anteriores presupuestos teóricos, la Sala con base en ellos procede a analizar el caso en concreto.

7. Análisis del caso en concreto.

20. En el asunto que ahora se revisa por la vía de la apelación Alba Marina Gamboa Orduz pidió que se declarara el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito el 1 de febrero de 2004 entre la demandante [como arrendataria] y el municipio de San José de Cúcuta [Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana], por intermedio de la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA, y que por tanto se diera cumplimiento al mismo en las condiciones estipuladas al momento de su celebración.

20.1. La demandante en su apelación pretendió modificar su *causa petendi*, afirmando que el mencionado contrato de arrendamiento de 1 de febrero de 2004 era de naturaleza estatal ya que el bien objeto del mismo era de uso público, lo que no será considerado en esta instancia por la Sala, pero sí se procederá a analizar el mismo en el contexto de la demanda y la apelación.

20.2. En ese sentido, cabe afirmar que el a quo comprendió que el contrato de arrendamiento suscrito entre la demandante [como arrendataria] y la empresa

SERVIEMPLEOS LIMITADA [como arrendador] era de derecho privado por lo que no había lugar a pronunciamiento judicial alguno en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984, vigente para la época de los hechos].

20.3. No obstante, la Sala encuentra que en el fondo la demandante invoca que la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA al celebrar y suscribir el contrato de arrendamiento con la demandante lo hizo como mandante o representante del municipio de San José de Cúcuta [Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana].

20.3.1. En el expediente obra el Convenio suscrito entre la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta E.S.P y el Municipio de San José de Cúcuta¹⁰⁵ [96-98 C.1].

¹⁰⁵ “[...] CONSIDERACIONES 1) Que por acuerdo N. 020 del 10 de julio de 1996, el Honorable Concejo Municipal, autoriza al ejecutivo municipal para adscriba provisionalmente la administración de las PLAZAS DE MERCADO y el MATADERO MUNICIPAL a otra entidad o dependencia del orden municipal lo que se materializa por Resolución N° 01542 del 14 de agosto de 1996, providencia ésta mediante la cual las EMCUCUTA –de entonces- entregan las Plazas de Mercado y Matadero Municipal al Alcalde Municipal [...] 3) La Resolución N° 01542 de la [sic] Empresas Municipales de Cúcuta fechada el 14 de agosto de 1996 entrega a la Secretaría de Gobierno para su administración las Plazas de Mercado y el Matadero. 4) Que la Resolución N° 1395 del 8 de septiembre de 1996, expedida por el Alcalde Pauselino Camargo, reitera la entrega para su administración a la Secretaría de Gobierno, el Matadero y las Plazas de Mercado. 5) Que por convenio suscrito entre la E.I.S CUCUTA E.S.P y la Secretaría de Gobierno Municipal, se entrega a esta última la administración del servicio público de las Plazas de Mercado de La Victoria [...] El Contenido [...] 6) Que el Acuerdo 078 del 19 de diciembre de 1996 otorga a la Secretaría de Gobierno la facultad de continuar administrando las Plazas de Mercado y el Matadero Municipal por un término de cuatro (4) meses y de manera indefinida para las Plaza de Mercado. 7) Que el 28 de noviembre de 1997 el Acuerdo 062 autoriza a la Secretaría de Gobierno para que continúe con la administración provisional del Matadero Municipal y Plazas de Mercado hasta el 30 de enero de 1998. 8) Que el acuerdo 001 del 27 de enero de 1998 autoriza a la Secretaría de Gobierno para que continúe con la administración del Matadero y de los Mercados hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. 9) Que el Acuerdo 003 del 16 de febrero de 1998 autoriza al señor Alcalde para continuar con la administración provisional del Matadero y Plazas de Mercado a través de la Secretaría de Gobierno Municipal mediante el sistema de contratación estatal en cuatro modalidades [...] 11) Que el Concejo Municipal mediante Acuerdo No.0020 de 15 de mayo del 2000 autoriza al Ejecutivo Municipal para que celebre un convenio Interadministrativo [sic] con la E.I.S. – CUCUTA E.S.P. para recibir a título de administración el Matadero Municipal y las Plazas de Mercado, lo cual no se hacía [sic] desde el 17 de septiembre de 1997 fecha en que se suscribió el ultimo [sic] convenio, cuya duración era de tres meses y trece días. **CLAUSULA PRIMERA. OBJETO:** El presente convenio tiene por objeto el de dar por parte de la E.I.S CUCUTA E.S.P al Municipio de San José de Cúcuta el uso, goce, operación y administración de las Plazas de Mercado [...] El Contenido [...] **CLAUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DE LA E.I.S.- CUCUTA E.S.P.:** 1) No intervenir en la administración, uso, goce y operación de los inmuebles y muebles objeto de este convenio durante el tiempo que perdure el mismo. La E.I.S. podrá efectuar visita de inspección del uso de los inmuebles por intermedio del interventor en coordinación con el Municipio [...] **CLAUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO DE CUCUTA:** 1) Arrendar las plazas de mercado a CENABASTOS o a cualquiera otra entidad pública o privada afín [...] 7) Se obliga a mantener y conservar los bienes y devolverlos en el estado en los que los recibe, salvo el deterioro normal. **CLAUSULA SEXTA. DURACION:** Este convenio tiene una duración inicial de 3 (tres) meses a partir de su legalización y se podrá prorrogar automática y sucesivamente” [fls 97 y 98 C.1]

20.3.2. Así mismo, obra el contrato de arrendamiento suscrito el día 6 de abril de 2001 entre la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta como arrendador y Serviempleos Ltda, como arrendatario¹⁰⁶ [fls 99-102 C.1].

20.3.3. Finalmente, se cuenta con el Contrato de arrendamiento de un Galpón Comercial suscrito el 01 de febrero de 2004 entre Serviempleos LTDA y Marina Gamboa y Henry D. Sayago¹⁰⁷ [fls 4- 7 C.1].

¹⁰⁶ “[...] **Objeto:** Arriendo de los inmuebles en donde funcionan las plazas de mercado de la ciudad de San José de Cúcuta denominadas [...] El Contenido [...] de conformidad con el convenio N. 1006 del 10 de noviembre del 2000 suscrito entre la señora Representante Lega Desginada por La [sic] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante resolución 001769 del 03 de marzo del 2000 [...] **Vigencia:** Un (1) año, contado a partir del momento en que se perfeccione, prorrogable a juicio de la administración por un término igual, reservándose el arrendador la facultad de darle por terminado en cualquier momento para cumplir con los programas de desarrollo del municipio. Dicha decisión unilateral no acarreará indemnización a favor del arrendatario [...] **TERCERA. SUBARRIENDO Y CESION.** El arrendatario no podrá ceder el contrato sino de conformidad con los términos del artículo 523 del Código de Comercio. Se autoriza el subarriendo el cual no podrá ser por un término o tiempo superior al estipulado en el presente contrato, debiéndose mantener para los contratos vigentes a la fecha del presente contrato [...] **SEXTA: ADMINISTRACION DEL CONDOMINIO.** El Arrendatario [sic] administrará directamente el condominio de las plazas de mercado. **SEPTIMA: INSPECCION.** El Arrendatario permitirá en cualquier tiempo las visitas que el Arrendador o sus representantes tengan a bien realizar para constatar el estado y conservación del inmueble u otras circunstancias que sean de su interés. **OCTAVA: RESTITUCION.** El Arrendatario restituirá el inmueble al Arrendador a la terminación del contrato o al momento en que se haga exigible de conformidad a lo establecido en la vigencia de este, con todas las mejoras efectuadas para el correcto funcionamiento de las plzas [sic] de mercado [...] **DECIMA SEGUNDA.** En caso que la administración municipal reorganice los mercados, decida trasladar o reubicar los usuarios de dichos inmuebles otro [sic] sitio diferente o la construcción de un mercado municipal dará aviso al Arrendatario con un mes de antelación, quien deberá trasladarse a dichos lugares junto con sus subarrendatarios que voluntariamente así [sic] lo quieran [...]” [fls 99 a 101 C.1, subrayado fuera de texto].

¹⁰⁷ “[...] hemos realizado contrato de Arrendamiento [sic] de un Bien Inmueble [sic] consistente en un galpón ubicado en la Calle 13 # 12-49 del barrio EL CONTENIDO de la ciudad de Cúcuta, se trata de un galpón de uso comercial con una altura aproximada de 5,5 metros media agua externa, interna y las oficinas ubicadas en la calle 13 con Avenida [sic] 13 Esquina [sic] [...] y de ahora en adelante se registrá por las cláusulas siguientes: **PRIMERA.-** El plazo de este contrato será por el término de veintiocho (28) meses a partir del día 01 de Febrero [sic] del año 2.004 hasta el día 01 de Junio [sic] del año 2.006. **SEGUNDA.-** El canon será la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000.00) mensuales pagaderos dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes anticipado, canon que pagarán los Arrendatarios [sic] durante la duración [sic] del presente contrato. **TERCERA.-** El término estipulado en el presente contrato será renovable de común acuerdo y de no existir petición de las partes con antelación al vencimiento del contrato, entonces este se entenderá prorrogado en los mismos términos que estipule o reglamente la Ley. **CUARTA.-** Cláusula Penal: Con el incumplimiento de una de las cláusulas de este contrato y por la violación de cualquiera de sus obligaciones, podrá la Arrendadora [sic] ó el arrendatario exigirle el pago de TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$300.000.00), a la parte incumplida sin necesidad de constituirlo en mora, ni de hacerle requerimiento alguno [...] **SEXTA.-** El inmueble se arrienda para uso comercial. **SÉPTIMA.-** LAS REPARACIONES LOCATIVAS Y MEJORAS QUE HAGAN LOS ARRENDATARIOS SER [sic] REEMBOLSARAN AL TERMINAR EL CONTRATO CON EL VALOR QUE TENGAN EN ESE MOMENTO MÁS LA CORRECCIÓN Y LOS INTERESES QUE SE HUBIEREN CAUSADO. **OCTAVA.-** Para hacer cesar este contrato en forma unilateral por cualquiera de los contratantes, deberá avisar por escrito al Arrendado [sic] o a los Arrendatarios [sic] con tres (3) meses de antelación y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres meses (3) de arriendo, cumplidas estas condiciones se

20.3.4. Del análisis de los anteriores medios probatorios cabe afirmar que SERVIEMPLEOS LIMITADA no actuó ni como mandante, ni como representante del municipio de San José de Cúcuta, sino que la primera suscribió un contrato de arrendamiento el 6 de abril de 2001 de una serie de inmuebles, entre ellos la plaza de mercado “EL Contenido”, que estaban bajo la administración del municipio, siendo que por virtud del mismo se estipuló en la cláusula tercera la facultad que el arrendatario SERVIEMPLEOS LIMITADA pudiese subarrendar, así como se estipuló en la cláusula décima segunda que en caso de reorganización de los mercados, traslado o reubicación el municipio como arrendador debía dar aviso al arrendatario con un mes de antelación quien estaba obligado a trasladarse a los lugares que fuesen indicados junto con los subarrendatarios que voluntariamente accedieran.

20.3.5. Con ocasión del contrato de arrendamiento celebrado entre el municipio de San José de Cúcuta [como arrendador] y la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA [como arrendataria], esta última celebró y suscribió el 1 de febrero de 2004 un contrato de arrendamiento de un galpón comercial con Alba marina Gamboa Orduz y Henry D. Sayago.

20.3.6. Con base en el análisis contrastado y crítico de los anteriores medios probatorios, la Sala concluye que se produjeron diferentes relaciones contractuales en las que la intervención de la empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA nunca estuvo precedida por un mandato o representación del municipio de San José de Cúcuta, ya que no tenía conferido ningún encargo por este último para celebrar el contrato de arrendamiento con Alba Marina Gamboa Orduz y Henry D. Sayago el 1 de febrero de 2004, ni por cuenta ajena y en su propio nombre, ni por cuenta ajena y nombre de la entidad municipal.

20.3.7. La prueba que obra en el expediente no demuestra la existencia y materialización de mandato o representación alguna que haya podido tener la empresa mencionada, sino que esta misma celebró un contrato de arrendamiento con la

deberá recibir o restituir el inmueble según el caso [...] **DECIMA PRIMERA.**- Las modificaciones en este contrato tendrán valor sólo en forma expresa y por escrito y con la firma de los aquí contratantes” [fls.5 y 6 C.1].

demandante fundado en lo facultado por la cláusula tercera del contrato de arrendamiento de 6 de abril de 2001 que celebró con el mencionado municipio, y que le autorizaba a subarrendar en la plaza de mercado “El Contenido” una de sus unidades, locales o galpones comerciales, como en efecto ocurrió y que hace parte de una relación negocial autónoma e independiente a la que haya suscrito SERVIEMPLEOS LIMITADA con el municipio de San José de Cúcuta.

20.3.8. De modo que el contrato de arrendamiento celebrado y suscrito entre la demandante [como arrendataria] el 1 de febrero de 2004 y la mencionada empresa hace evidente que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que SERVIEMPLEOS LIMITADA no obra ni en nombre, ni en representación del municipio de San José de Cúcuta, por lo que habrá lugar a revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar negar las pretensiones por configurarse la falta de legitimación del municipio quien no participó directa, ni indirectamente en la celebración y suscripción del citado contrato de arrendamiento del galpón comercial ubicado en la plaza de mercado “El Contenido”.

20.4. Por otra parte, la demandante pretende que se declare la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito el 16 de julio de 2004 entre esta [como arrendataria] y el municipio de San José de Cúcuta –Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana- [como arrendador], el cual tenía como objeto el mismo galpón comercial ubicado en la plaza de mercado “El Contenido”, sustentada en que para su firma hubo actos de constreñimiento, como se ratifica en la apelación presentada.

20.4.1. La Sala para analizar este cargo debe examinar los siguientes medios probatorios: (i) acta de Inspección Ocular realizada por la Inspección Sexta Urbana de Policía de San José de Cúcuta el día 2 de junio de 2004 al sitio ubicado en la calle 13 Av. 13 en el mercado El Contenido. Se ordenó sellar el establecimiento¹⁰⁸ [fl 11 C.1]; (ii)

¹⁰⁸ “[...] se constata: que funciona una carpintería cuyas instalaciones abarcan la mitad del inmueble donde funciona el mercado su techo es de eternit con sercha en madera paredes en ladrillo empaquetadas y pintadas pisos en cemento [...] desconoce si tienen permiso para funcionar, uso de suelo, Camara [sic] de Comercio, contrato de arrendamiento, que funciona de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., y llevan solamente 4 meses de funcionar [...] La Sra. Inspectora deja constancia que se encuentra madera entera, madera picada, madera procesada y trabajos para entregar igualmente se observa maquinaria pesada de aserrio y maquinaria liviana, y un horno para hacer figuras metálicasLa [sic] Sra. Inspectora en razón a lo anterior

constancia, de 15 de julio de 2004, dejada por los señores Marina Gamboa Orduz y Henry D. Sayago ante la Notaría Tercera de Cúcuta¹⁰⁹ [fls 14 -15 y 82-83 C.1]; (iii) contrato de arrendamiento, de 16 de julio de 2004, entre la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta y Alba Marina Gamboa Orduz, en donde se da en arriendo el inmueble ubicado en la calle 13 N° 12-49 del barrio El Contento [fls 16-17 C.1]; (iv) derecho de petición interpuesto el 1 de febrero de 2006 por la señora Marina Gamboa Orduz ante la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta E.I.S, bajo el radicado N° 001486 [fls 18-20 C.1]; (v) oficio, de 9 de febrero de 2006, número DSSP 001820, con el que se dio contestación al derecho de petición presentado el 1 de febrero de 2006 por la señora Marina Gamboa Orduz [fls 21-22 C.1]; (vi) Oficio SGCSC N° 000181 de 21 de febrero de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el cual le comunicó a la señora Alba Marina

ordena sellar este establecimiento sin nombre y con dueño desconocido sin documentolegal [sic], que acredite su funcionamiento igualmente la administración esta acargo [sic] de un menor de edad. Hasta tanto se presente el dueño y legalice su funcionamiento en estas instalaciones” [fl.11 C.1].

¹⁰⁹ “[...] 1. Que somos arrendatarios de un inmueble ubicado en la Calle 13 con Avenida 13 del Barrio El Contento, del cual tenemos contrato de arrendamiento escrito suscrito con la Empresa serviempleos limitada [sic]. 2. Que a partir de que la secretaría de gobierno municipal de cúcuta [sic] tomó la administración de los inmuebles, comenzó un hostigamiento para sacarnos del inmueble, pedirnos plata, hasta el punto que nos cerraron el negocio con la inspectora sexta urbana de policía el día 2 de Junio [sic] de 2.004. 3. Que nosotros le presentamos el contrato y el acta de pago de fecha 27 de febrero de 2.004 suscrito con serviempleos limitada, que teníamos y no nos lo aceptaron, porque ellos lo que quieren es no pagarnos las mejoras que hicimos al inmueble por valor aproximado de quince millones de pesos, ponernos a pagar nuevamente lo que nosotros ya pagamos, todo con el objetivo de hacernos firmar documentos a uno solo de nosotros, que nos desmejoren nuestra posición jurídica y nuestros derechos adquiridos, para después sacarnos ahora si [sic] definitivamente por medio de marañas, argucias y triquiñuelas legales. 4. Que nosotros no queremos renunciar al contrato de arrendamiento suscrito con serviempleos limitada pero en la secretaría de gobierno nos amenazan que si no lo hacemos pues nos sacan del inmueble, ellos por intermedio de planeación municipal nos tienen trancado el certificado de uso de suelos, porque allí nos dicen que si no tenemos la autorización de la secretaría de gobierno tampoco nos dan ningún permiso, y sin este documento pues tampoco nos dan el permiso de corporonar. 5. Que nosotros estamos desesperados, coaccionados, angustiados y enfermos, y como no tenemos quien nos defienda, pues de manera obligada y presionados pues vamos a firmar lo que ellos nos ordenan y dicen, que es la renuncia al contrato con serviempleos limitada y un nuevo contrato de uno solo de nosotros con la secretaría de gobierno municipal de Cúcuta en donde nos quitan todos nuestros derechos adquiridos y nos ponen a pagar mensualmente algo que nosotros ya pagamos [...] cuando nuestro contrato con serviempleos limitada dice que son seis meses de desahucio (Artículo 520 del código de comercio), ellos nos ordena [sic] y nos dicen que no podemos ceder ni vender nuestro negocio a un tercero porque nos quitan el inmueble, es decir que no podemos subarrendar a nuestros contratistas ni ceder el contrato cuando vendamos el negocio mientras el otro contrato que teníamos con serivempleos limitada si decía que si lo podíamos hacer (Artículo 523 del Código de comercio). 6. Que a nosotros nos toca firmar obligados, nos toca hacerlo ó nos sacan y si no firmamos pues no nos abren el inmueble que nos tienen cerrada la inspección a sabiendas que nosotros necesitamos poder trabajar, entonces nosotros de manera presionada, obligada y contra nuestra voluntad vamos a firmarles lo que ellos digan, pero dejamos esta constancia de que nosotros no estamos ni estábamos [sic] de acuerdo, que lo que pasa es que estamos obligados y coaccionados, es decir no tenemos libre el consentimiento porque ha sido viciado mediante amenazas verbales y actos de hecho de una autoridad” [fl.14 C.1]

Gamboa Orduz la terminación unilateral del contrato de arrendamiento y solicitó la entrega del inmueble, lo anterior “de conformidad con la cláusula Décima del citado contrato, toda vez que se ha incumplido con la obligación estipulada. Así mismo, se solicita la entrega del inmueble para el día 28 de febrero de 2006 y el pago de los cánones pendientes” [fl 23 C.1]; (vii) recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto el 27 de febrero de 2006 por la apoderada de la señora Marina Gamboa Orduz ante la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana [fls 25-31 C.1]; (viii) oficio SGCSC N° 000250, de 6 de marzo de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana con el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto el 27 de febrero de 2006 [fls 32-33 C.1]; (ix) contestación de la señora Alba Marina Gamboa Orduz, de 29 de marzo de 2006, al Oficio SGCSC N° 000297 del 17 de marzo de 2006, y petición de información presentada ante la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana [fls 47-50 C.1], con el que se anexó (1) el contrato con SERVIEMPLEOS; y, (2) el Acta suscrita con SERVIEMPLEOS; (x) acta de Inspección Ocular realizada por la Inspección Sexta Urbana de Policía de San José de Cúcuta el día 5 de abril de 2006 al sitio ubicado en la Av.13 con calle 13 en el mercado El Contento [fl 54 C.1]; (xi) Constancia hecha por los vecinos de la señora Alba Marina Gamboa Orduz dirigida a la Inspectora Sexta Urbana de Cúcuta, fechada el 7 de abril de 2006 [fls 61 y 62 C.1]; (xii) solicitud de declaratoria de nulidad e inexistencia del contrato de arrendamiento de 16 de julio de 2004, presentada por la señora Alba Marina Gamboa Orduz en escrito del 17 de abril de 2006 radicado ante el Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana [fls 84 a 86 C.1]; (xiii) oficio SGCSC N° 000423 del 26 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta, dirigido a la señora Alba Marina Gamboa Orduz, por medio del cual se le informó “*que para decretar la nulidad del contrato de fecha 16 de julio de 2004, y por encontrarse en desacuerdo con el mismo por las razones que usted aduce, debe acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en desarrollo del artículo 87*”, por lo que no procedía el recurso de reposición en atención al derecho de petición radicado el 17 de abril de 2006 [fl 93 C.1]; (xiv) testimonio rendido por Nelly Medina Villan¹¹⁰ [fls 184 a 186 C.1]; (xv) testimonio

¹¹⁰ “[...] a principios del 2001 Serviempleos Ltda le arrendó el galpón Albita, cuando le arrendó eso era un basurero, eso traían toda la basura del barrio, botaban gatos muertos y había una señora que criaba ahí gatos para hacer brujería, había muchos indigentes que defecaban ahí, y traían bultos de ropa vieja, eso

rendido por Nancy Carolina Peñarando Álvarez¹¹¹ [fls 199 a 202 C.1]; y, (xvi) testimonio rendido por Luis Enrique Redondo¹¹² [fls 203 a 205 C.1].

después de las ocho de la noche [...] cuando Serviempleos le arrendó a Albita ella trajo como 20 obreros, y contrato [sic] una volqueta saco [sic] escombros, mugre en cantidad, y cuando ella termino [sic] le hizo mejoras, por que [sic] eso no tenía techo, se iba a caer la fachada y le colocó doce columnas de madera altas levanto [sic] la pared, y le colocó rejas de seguridad a la parte de arriba la pared, empañeto [sic] y pinto [sic] tanto afuera como adentro, le colocó todo el piso, la luz, el agua, y montó una carpintería ella, ella [sic] en esas mejoras gasto [sic] bastante plata, ella empezó a trabajar lo más de bien, a principios de junio de 2004, llegó una inspectora de Policía [sic], la Doctora ADELAIDA ONTIVEROS, con policías y dijeron que venían de parte de planeación, de la E.I.S. y de la Alcaldía, yo pasaba por ahí cuando llego [sic] la inspectora saco [sic] los empleados, a doña Albita, y colocó unos papeles con sellos de la alcaldía para que albita no entrara, Albita casi todos los días iba a Hablar [sic] [...] el 16 de julio a Albita le abrieron de nuevo pero porque albita fue a la Alcaldía y hablo [sic] con el Doctor NESTOR PACHECO porque el [sic] la obligo [sic] a firmar un nuevo contrato, porque el contrato de Serviempleos, no servía, Albita obligada firmó el contrato y vinieron y le quitaron los sellos y Albita siguió trabajando, ella perdió mucha plata porque por obligación le tocaba pagarle a los empleados como si estuvieran trabajando, ella siguió trabajando lo más de bien pero en el 2006, llegó de nuevo la Doctora ADELAIDA ONTIVEROS, con policías una Doctora de Planeación y que iba de parte de la Alcaldía y de la EIS, ella se sentó en todo el portón, hay un portón grande y dijo que venía a sellarle porque ella estaba obstaculizando el espacio público, fue por que [sic] trajeron de una casa, por allá un señor trajo un mueble y lo boto [sic] ahí, y ese fue el hecho que para que vinieron a molestar, Albite fue por allá a la Alcaldía y hablo [sic] con el señor NESTOR PACHECO, entonces la señora de un momento a otro se fue, la Doctora, hasta la presente [testimonio rendido el 14 de noviembre de 2007] Albita está trabajando ahí en la carpintería [...]” [fls 184 y 185 C.1].

¹¹¹ “[...] el contrato en mención fue suscrito entre el 2000 y el 2004, época en la cual la Administración Municipal asumió la Administración de los diversos locales de las diversas plazas de mercado entre los cuales se encuentra el local objeto de la declaración, momento en el cual la Administración Municipal a través de la Secretaría de Gobierno solicitó la suscripción de un nuevo contrato directamente con la Alcaldía Municipal, contrato que se efectuó bajo la coacción y amenaza de desalojo por supuestamente estar invadiendo un bien público [...] Entre las que puedo mencionar se encuentra el sellamiento que dio origen a la suscripción del contrato con la Administración Municipal, en oportunidades posteriores se generaron una serie de visitas por parte de Planeación con respecto del uso de los suelos, luego se efectuó otra por parte de la Inspección de Policía y una última en los cuales se nos requería el desalojo por parte de pago en el canon de arrendamiento, visitas que fueron injustificadas toda vez que con ellas se logró demostrar que mi exjefe o la señora Alba Marina Gamboa no hacía posesión ilícita del establecimiento, así como le mostró tener papeles en regla respecto de uso de suelos que permitían ejercer la actividad comercial en dicha zona, así como el consentimiento por parte de los vecinos, además se demostró a través de escritos presentados en calidad de apoderad de la misma, que los arriendos estaban al día incluso cancelados con antelación y demás, es decir, que para la fecha de requerimiento tenían unos pagos adelantados [...] se me amenazó con meterme presa por pretender hacer valer este contrato en nombre de Alba Marina en unos días que la misma personalmente no pudo gestionarlos ante la Administración las diligencias pertinentes, toda vez que por aquellos días había enviudado y se encontraba fuera de la ciudad [...] Las visitas de cierre fueron realizadas siempre por la doctora ADELAYDA ONTIVEROS como Inspectora Sexta de Policía como encargada del espacio público y venía en representación de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Cúcuta [...] Considero que las molestias se deben a la necesidad por parte de la Administración de arrendar dicho inmueble a otras personas [...]”.

¹¹² “[...] en el 2004 llegó una Inspectora de apellido Ontiveros con Policía que venía por cuenta de la Alcaldía a cerrar en la cual la doctora hizo salir a todos los obreros que estaban trabajando, los sacó para la calle y después la señora Inspectora le dejó una nota con obrero para que se lo entregara a la señora Alba Marina Gamboa para que se presentara en la Alcaldía para que firmara un nuevo contrato, ahí duró como mes y medio yendo a la Alcaldía para que le abrieran el galpón en el cual el señor Néstor Pacheco le dijo que si quería que abriera el galpón tenía que firmar un nuevo contrato en la cual la señora se vió [sic] obligada a firmar el nuevo contrato, después ella fue y firmó el nuevo contrato y abrieron el galpón y volvió a empezar a trabajar en la cual se vio ella perjudicada porque gastó mucha plata pagándole a los obreros sin trabajar y en el año 2006 volvió la misma Inspectora Ontiveros llevó con una doctora de

20.4.2. El consentimiento libre de vicios es un elemento determinante de la esencia contractual, lo anterior de conformidad a lo establecido por el Código Civil en sus artículos 1501 y 1502 a tenor de los cuales:

“ARTICULO 1501. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” [Subrayas y negrita fuera de texto]

“ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra” [Subrayas y negrita fuera de texto]

20.4.3. Así pues, los actos jurídicos siendo estos las manifestaciones de la voluntad de las que se derivan consecuencias en derecho, tienen unos elementos que necesariamente deben concurrir estructuralmente, para que así se dé lugar a su nacimiento. Dichos elementos descritos en el artículo 1502 del Código Civil son las llamadas cosas de la esencia de los contratos. Por lo tanto, si faltare alguno de esos elementos se presenta la invalidez del contrato, en este sentido la doctrina ha dicho sobre este el fenómeno de la invalidez; que es el *“juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección”*¹¹³.

20.4.4. En este orden de ideas, en lo referente al tema del supuesto en que un contrato se vea carente en uno de sus requisitos de validez y en consecuencia se esté afectado por una nulidad ya sea absoluta o relativa, en reciente providencia ésta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente para este caso:

Planeación a volver a cerrar porque eso era un contratiempo contra el personal que pasa por ahí por la calle porque habían botado un par de muebles ahí a la calle y fue una vecina que los botó a la calle y le echaron la culpa a la carpintería y después si no supe que más pasó”.

¹¹³ ALARCÓN ROJAS Fernando, *“La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p.250.

“La nulidad o juicio de valor requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez competente declare la nulidad destruyéndolo, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo.

De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura hasta que el juez no declare su existencia.

Ahora, tanto la nulidad absoluta como la relativa son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación.

[...]

La nulidad relativa del contrato o negocio jurídico se produce por: I) La incapacidad relativa de alguna de las partes; II) La omisión en el cumplimiento de algún requisito exigido por la ley para el valor del negocio jurídico en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran y; III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo.

En efecto, según lo dispone el artículo 1508 del Código Civil el consentimiento debe estar exento de vicios tales como el error, la fuerza o el dolo.

[...]

La fuerza conforme a los artículos 1504, 1741, 1743 y 1750 del Código Civil es la presión física o moral de carácter grave y determinante que se ejerce sobre una persona bajo las consideraciones de su sexo, edad o condición, para que celebre un determinado contrato.

[...]

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o cesionarios y en ningún caso puede ser declarada de oficio por el juez si no ha sido alegada por el interesado.

Por último es de precisar que éste tipo de nulidad es susceptible de saneamiento por ratificación o por el transcurso del término de 4 años para que opere la prescripción si es civil, o de 2 años si es mercantil” [subrayado fuera de texto].

20.4.5. Así pues, en el *sub lite* la actora celebró el contrato de arrendamiento del que alega el vicio del consentimiento, en calidad de arrendataria, con el municipio de San José de Cúcuta -Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana-, el 16 de julio de 2004, y a pesar que la fuerza sobre aquella relación contractual la pretende probar con acta elevada ante el Notario Tercero de Cúcuta, en una declaración rendida por ella misma mediante la cual da cuenta del constreñimiento al que fue sometida para firmar y así aceptar el clausulado del contrato mencionado [fls. 14 a 15, c1]. A su vez, pretende probar la fuerza con el Acta de la Inspección realizada por la Inspectora Sexta Urbana de Policía de San José de Cúcuta, en la que ordenó cerrar el establecimiento de comercio. Así mismo con las declaraciones rendidas ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por la señora Nelly Medina Villan [fls. 184 a 186, c1], Nancy Carolina Peñaranda Álvarez [fls. 199 a 202, c1], Luis Enrique Redondo [fls. 203 a 205, c1], todos coincidentes en que la actora fue obligada a firmar un nuevo contrato con un nuevo arrendador siendo éste la Secretaria de Gobierno del Municipio de Cúcuta.

20.4.6. Sin embargo, la actora como arrendataria no presentó la declaración expresa de nulidad relativa por vicio del consentimiento, en concreto por haberse materializado un supuesto de fuerza, sino que por el contrario se ratificó en éste contrato cumpliéndose así lo estipulado en la cláusula tercera en la que se consagró lo pertinente a la duración, en el que el término contractual pactado fue de un (1) año contado a partir de su legalización, es decir el 16 de julio de 2004. Además, en lo relativo a su prórroga el contrato debía ser renovado de común acuerdo y de no existir petición expresa de las partes antes del vencimiento del mismo, ya sea para renovar, o terminar la relación contractual se entendía prorrogado en los mismos términos inicialmente pactados.

20.4.7. La Sala del estudio contrastado y crítico de los medios probatorios mencionados considera:

(1) No se probó el vicio en el que hace consistir la invalidez del contrato de arrendamiento suscrito el 16 de julio de 2004 con la entidad pública demandada, ya que si bien los testimonios rendidos son coincidentes en afirmar que fue obligada a firmar un nuevo contrato, esto no se corrobora con otras pruebas, ni en la realidad material que las mismas desprenden ya que si hubiese sido la actora, intimidada, constreñida o sometida a tal fuerza para quebrar y deformar su consentimiento al momento de firmar el mencionado contrato por las siguientes razones:

(1.1) Sólo una de las inspecciones realizadas por la Inspección Sexta Urbana de Policía de San José de Cúcuta fue realizada con anterioridad a la suscripción del contrato, esto es, el 2 de junio de 2004, y se entiende en vigencia y ejecución del contrato de arrendamiento suscrito entre la actora y SERVIEMPLEOS LIMITADA el 1 de febrero de 2004.

(1.2) La segunda inspección ocular se realizó el 5 de abril de 2006, fecha para la cual se encontraba en ejecución el contrato suscrito el 16 de julio de 2004 entre la actora y la entidad pública demandada.

(1.3) Lo afirmado en la constancia elevada ante la Notaría Tercera de Cúcuta por la actora y Henry D. Sayago el 15 de julio de 2004, especialmente lo expresado en el

numeral sexto (6º) tiene relación con actuación [es] desplegadas antes de la firma del contrato de 16 de julio de 2004, pero sin un sustento material que permita acreditar en qué consistió la coacción afirmada, las amenazas verbales y los actos de hecho de la autoridad [ni siquiera con la prueba testimonial practicada], teniendo en cuenta que el procedimiento adelantado por la Inspección Sexta Urbana de Policía de San José de Cúcuta se comprende dentro de las facultades conferidas en el Código de Policía y las normas municipales vigentes para la época.

(1.4) Los actos en los que pretende constituir la fuerza se afirma haber ocurrido con posterioridad a la firma del contrato de arrendamiento de 14 de julio de 2004, como se corrobora con el derecho de petición que la actora presentó el 1 de febrero de 2006, el recurso de reposición y de apelación de 27 de febrero de 2006, la constancia de los vecinos de la actora de 7 de abril de 2006, la solicitud de declaratoria de nulidad e inexistencia del contrato de arrendamiento que presentó la actora el 17 de abril de 2006.

(2) Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que analizada la proximidad del efecto adverso objeto de la amenaza, intimidación o coacción para la firma del contrato de arrendamiento del 16 de julio de 2004, se considera que la actora pudo superar razonablemente el justo temor que dice haber sido infundado, reiterando el presupuesto jurisprudencial según el cual *“entre más remota sea la realización del mal irreparable y grave, menos se presente el menoscabo de la conciencia y libertad que la ley presupone en las personas de sano juicio para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”*¹¹⁴.

20.4.8. En este orden de ideas, el *“vicio o la falta de una correspondiente voluntad interna no impiden, pues, el perfeccionamiento del contrato si el comportamiento del sujeto tiene el significado objetivo de una manifestación de la voluntad”*¹¹⁵. Se evidencia, pues, que pese a que la parte actora alega un vicio en su consentimiento, su comportamiento demuestra con certeza que la actora ha proyectado una manifestación

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, expediente C-7600131030132000-00177-02.

¹¹⁵ BIANCA, Massimo, *Derecho Civil*, 2ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p 27.

externa de su voluntad libre de constreñimiento, fuerza o intimidación alguna al permitir, desplegando actos materiales como el de la prorrogar y continuar con la ejecución del contrato de arrendamiento hasta el año 2006, de manera que se afirmó por parte de la actora la razonable confianza en la eficacia del contrato, por lo que no procede declarar la nulidad [relativa] del contrato de arrendamiento suscrito el 16 de julio de 2004, confirmando la decisión de primera instancia de negar esta pretensión pero con base en las motivaciones de la presente sentencia.

20.5. Finalmente, en cuanto a la nulidad de los actos administrativos demandados por la actora, la Sala tiene en cuenta los siguientes medios probatorios: (i) oficio SGCSC N° 000181 de 21 de febrero de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el cual le comunicó a la señora Alba Marina Gamboa Orduz la terminación unilateral del contrato de arrendamiento y solicitó la entrega del inmueble, lo anterior “de conformidad con la cláusula Décima del citado contrato, toda vez que se ha incumplido con la obligación estipulada. Así mismo, se solicita la entrega del inmueble para el día 28 de febrero de 2006 y el pago de los cánones pendientes” [fl 23 C.1]; (ii) recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto el 27 de febrero de 2006 por la apoderada de la señora Marina Gamboa Orduz ante la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana¹¹⁶ [fls 25-31 C.1]; (iii) oficio SGCSC N°

¹¹⁶ “[...] a. En el primer párrafo del oficio se permite “informarle la terminación” a mi poderdante, pero no se anexa la resolución, ni el contenido de la misma, ni el número, ni que [sic] trámites se adelantaron antes de adoptarla, ni que [sic] documentos reposan ó no reposan dentro del expediente, ni las razones concretas para adoptar esa decisión, ni que [sic] Juzgado adoptó esa decisión. b. En el segundo párrafo, se dice en forma GENERICA, cuando debía ser concreta, que “se ha incumplido con la obligación estipulada”, pero no se concreta que [sic] obligación no se ha cumplido, es decir que desconocemos las causas de la decisión. Si es el pago del canon mensual, desde ahora manifiesto que eso no es cierto, porque mi cliente está al día y se les ha entregado siempre la copia de la consignación en banco todos los meses, es decir que existe una conformidad con el pago todos los meses. c. En el tercer párrafo se dice que “se solicita la entrega del inmueble para el día 28 de febrero de 2.006 y el pago de los cánones pendientes”, pero no se dice cuales [sic] cánones están pendientes, si no es concreta no existe jurídicamente la constitución en mora, sin embargo le reitero que mi poderdante se encuentra al día en el pago del canon de arrendamiento mensaul, ahora bien, respecto de la entrega de l inmueble es una decisión que le corresponde a un Juez porque el contrato de arrendamiento está sometido a la legislación civil conforme lo establece la cláusula DECIMA SEPTIMA y se pactó expresamente en la cláusula DECIMA que la exigenci del inmueble era JUDICIAL, es decir no se puede hacer de manera administrativa [...] e. [...] verbalmente el cuidandero le manifestó a mi cliente que habían dicho que ese chicharrón se dejaban a Gobierno, porque ellos necesitab el inmueble para entregárselo a JUAN CUCAS que era un compromiso del movimiento político de TUTO y que eso eran cosas políticas de las elecciones del congreso. La cláusula QUINTA obliga al arrendador “a librar a la arrendataria de toda perturbación del uso y goce del inmueble arrendado”, pero al parecer la E.I.S. E.S.P está utilizando bajo engaños a la Secretaría de Gobierno para que incumpla con su obligación y en lugar de defender al arrendatario, entonces al revés comience a perturbar el uso y goce del inmueble con cartas dirigidas desde la E.I.S.

000250, de 6 de marzo de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana con el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto el 27 de febrero de 2006¹¹⁷ [fls 32-33 C.1]; (iv) recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto el 13 de marzo de 2006 por la apoderada de la señora Marina Gamboa Orduz ante la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, contra la decisión “contenida en el último párrafo” del oficio SGCSC N° 000250, de 6 de marzo de 2006¹¹⁸

E.S.P. f. [...] En la E.I.S. E.S.P. se presentaron nuevamente los pagos de arrendamiento y todos los meses va a recoger la copia de la consignación, lo cual indica que existe una conformidad, nunca a mi cliente se le ha notificado que está mal consignado, que no le aceptan la consignación [...] h. Es más, para poder acudir ante los JUECES a exigir la restitución, es decir de demandar y exigir ante los JUECES la restitución del inmueble a mi cliente, es necesario que dentro de la Secretaría de Gobierno exista previamente un trámite administrativo, que se formulen unos cargos, que se permita la oportunidad de presentar unos descargos, que se practiquen unas pruebas y que luego de los alegatos se produzca una RESOLUCION ADMINISTRATIVA y que esta RESOLUCION debe estar en FIRME, es decir, que admite los recursos de LEY y así debe decirlo expresamente la resolución, que se permita conocer el punto de vista del arrendatario [...] i. En conclusión, solicito se revoque la decisión contenida en el oficio, y en su lugar se proceda a defender al arrendatario de los atropellos cometidos por la E.I.S. E.S.P. [...]” [fls 25 a 30 C.1].

¹¹⁷ “[...] me permito acceder a las pretensiones reseñadas correspondiente al procedimiento mencionado de ley, y literal (i), en consecuencia por sustracción de materia no proceden los recursos ordinarios contra el requerimiento hecho a través del oficio de radicado N° 000181 del 21 de febrero de 2006. No obstante, se le requiere para que aclare lo cancelado desde la fecha de julio de 2004 al mes de febrero de 2006, ya que revisado los documentos aporta solo 7 consignaciones. De igual forma, se informe que [sic] persona según el contexto del escrito, recoge mensualmente copia de la consignación. Así mismo, de conformidad con la Cláusula Décima Cuarta del contrato suscrito el 16 de julio de 2004, se informa que no es voluntad de la Administración Municipal continuar con el contrato de arrendamiento suscrito entre la Secretaría de Gobierno Convivencia y Seguridad Ciudadana y Alba Marina Gamboa Orduz [...] en consecuencia y por terminación natural del contrato de arrendamiento se debe hacer la entrega el [sic] inmueble en comento” [fl 32 C.1].

¹¹⁸ “[...] a. En el último párrafo del oficio se utiliza la Cláusula [sic] “DECIMA CUARTA. TERMINACION”, la cual no tiene ningún valor legal ni contractual, es inválida, sin efectos legales, primero por su génesis, pero por sobre todo por la ley misma, que establece el CARÁCTER IMPERATIVO DE ESTAS NORMAS en el ART. 524 del Código de Comercio [...] Entonces resulta inane la utilización de una Cláusula [sic] contractual que no produce ni producirá ningún efecto legal ni contractual y mucho menos judicial. b. En anterior memorial se le puso de presente el contenido del oficio dirigido a la E.I.S. E.S.P., en donde se anexó el contrato inicial suscrito con la Secretaría de Gobierno Municipal por intermedio de la empresa SERVIEMPELOS LIMITADA que su despacho suficientemente conoce y tiene dentro de sus archivos, esto demuestra documentalmente que mi poderdante ha estado arrendada en el INMUEBLE y ha desarrollado su actividad comercial desde el 01 de Junio [sic] del año 2.001 en forma ininterrumpida hasta la fecha, es decir tiene más de cuatro (4) años de estar arrendada y de estar explotando su establecimiento de comercio, y realizó las mejoras que aparecen en el acta de fecha 27 de Febrero [sic] del año 2.004 con autorización del arrendador. El ART. 518 del Código de Comercio [...] c. [...] cuando se suscribió el último contrato de fecha 16 de Julio [sic] de 2.004 se incluyó la cláusula 14 abiertamente ilegal y sin efectos legales por ser contraria al CARÁCTER IMPERATIVO DE ESTAS NORMAS establecido en el ART. 524 del Código de Comercio [...] d. En la decisión se “informa” a mi poderdante, pero no se anexa la resolución, ni el contenido de la misma, ni el número, ni que [sic] trámites previos se adelantaron antes de adoptarla, ni que documentos reposan ó no reposan dentro del expediente, ni las razones concretas para adoptar esa decisión, ni que [sic] Juzgado adoptó esa decisión. e. También, observamos que en el último párrafo se invoca la “CLAUSULA DECIMA CUARTA. TERMINACION.” Pero [sic] no se concretan las causas de la conveniencia de la decisión conforme lo exige el contrato [...] entonces es claro que la utilización de esa cláusula exige que la administración invoque, explique y pruebe las causas de la conveniencia de la administración, pues la arbitrariedad no puede ser pactada,

[fls 35-44 C.1]; (v) oficio SGCSN N° 000297, de 17 de marzo de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el que se informó “que se recibió el recurso interpuesto contra el oficio radicado N° 250 del 6 de marzo de 2006 el cual esta siendo estudiado por la Administración Municipal dentro de los términos de Ley. De igual forma, solicito se envíe copia de las autorizaciones por parte del arrendador para la realización de las mejoras en el inmueble [...]” [fl 46 C.1]; (vi) oficio SGCSN N° 000390, de 6 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el que se resolvió el recurso de reposición interpuesto el 13 de marzo de 2006¹¹⁹ [fls 55-57 C.1]; (vii) recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto

mucho menos en contratos de adhesión como el que se invoca en donde el administrado no tuvo la posibilidad de discutir los términos del contrato sino que fueron impuestos por el contratante más fuerte, en este caso la administración [...] Entonces la decisión adoptada es incorrecta pues se informa de manera GENERICA cuando debía ser concreta, es decir que desconocemos las causas de la conveniencia de la decisión [...] j. La licitud o ilicitud del contrato es la que determina la posibilidad de acción, es la ilicitud de la Cláusula [sic] 14 lo que ocasiona que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a la ley y a las buenas costumbres. Máxime cuando el ART. 1981 del Código Civil [...] y precisamente el artículo 518 y 524 del Código de Comercio es legislación complementaria y especial, aplicable por los supuestos de hecho que existen en la relación contractual existente entre la Secretaría de Gobierno y mi mandante desde el 01 de Junio [sic] del año 2.001. k. Establecido que la Cláusula [sic] 14 no existe jurídicamente, entonces tenemos que decir que existe para el arrendador OBLIGACIONES DE PAGAR PERJUICIOS POR TURBACIÓN, en el artículo ART. 1987 del Código Civil [...] l. Ahora bien, recordemos también que las mejoras realizadas por mi mandante tienen un sustento legal y provienen de la OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR EL MAL ESTADO DE LA COSA del arrendador establecido en el ART. 1991 del Código Civil [...] También existe la OBLIGACIÓN DE REEMBOLSAR COSTO DE LAS REPARACIONES INDISPENSABLES, en el ART. 1993 del Código Civil [...] m. Recordemos que la entrega del inmueble es una decisión que le corresponde a un Juez porque el contrato de arrendamiento está sometido a la legislación civil y comercial conforme lo establece la cláusula DECIMA SEPTIMA y los principios generales del derecho, se pactó expresamente en la cláusula DECIMA que la exigencia del inmueble era JUDICIAL, es decir no se puede hacer de manera administrativa [...] q. La cláusula DECIMO CUARTA habla de que no se pagan perjuicios pero esto es una cláusula sin valor legal en estos momentos, pues viola la ley, dado que por el hecho de tener más de dos (2) años el establecimiento de comercio, su inversión, su actividad comercial, su acreditación como comerciante en muebles, etc, la ley le otorga una indemnización, ninguna cláusula contractual puede violar la ley, el artículo 518 del Código de Comercio, establece el pago de una indemnización, entonces la indemnización es de origen legal, más no contractual, y como el contrato que se invoca fue obtenido aprovechándose de su posición dominante, su interpretación debe ser a favor de la parte más débil, razón por la cual debe establecerse de mutuo acuerdo el valor de la indemnización, sino acudir a peritos en la materia [...] r. Desde ahora, invoco el derecho de retención del inmueble por las mejoras plantadas en el mismo, las cuales han sido reconocidas por el arrendador por escrito y reclamo el pago de las mismas, también la indemnización correspondiente de acuerdo a la ley [...] s. En conclusión, solicito se revoque la decisión contenida en el oficio, y en su lugar, que se detenga la persecución y la búsqueda [sic] de parapetos legales para sacar del inmueble a una persona que se merece estar allí, que se deje tranquila a la Señora [sic] MARINA” [fls 35 a 44 C.1].

¹¹⁹ “[...] 1. Es de resaltar que el contrato es ley para las parte [sic], y en la cláusula décima séptima, se pacta el carácter civil del contrato estableciéndose que el contrato de arrendamiento no constituye acto de comercio y por tal motivo no le es aplicable la legislación comercial. 2. [...] No desconoce la administración su previo contrato con Serviempleos, pero ello no indica obligación alguna para la continuidad del mismo, pues para que ello se configure debe existir identidad de objeto y de partes, lo que no ocurre en el presente caso, debido a que su poderdante suscribió nuevo contrato de arrendamiento con la Secretaría de Gobierno Municipal de Cúcuta, con lo cual se entra a establecer una

por la señora Alba Marina Gamboa Orduz el 17 de abril de 2006 en contra de los dispuesto en el oficio SGCSC N°000390 del 6 de abril de 2006¹²⁰ [fls 66-81 C.1]; (viii)

nueva relación contractual y por tal motivo no es valido [sic] el argumento de continuidad del contrato y como consecuencia no se dan las condiciones planteadas para la renovación automática del mismo. 3. Dentro del oficio al cual hace referencia, me permito insistir que en el mismo si se dan las razones legales para la terminación del mismo, al invocar el contrato como fuente de obligación y referirse específicamente a la cláusula 10 del mencionado contrato. 4. La Alcaldía Municipal a través de la Secretaría de Gobierno, solicito [sic] la entrega del bien inmueble, teniendo en cuenta en primer lugar que este no es de propiedad del municipio, sino de la E.I.S. Cucuta [sic], quien lo había dado en administración al municipio de Cúcuta, pero que en oficio del 14 de febrero de 2006 radicado DSSP-001990 requiere el bien para cumplir compromisos administrativos, por tal razón este es el sustento factico [sic] para el requerimiento realizado. 5. [...] El contrato de arrendamiento suscrito entre las partes no se configura como un contrato de adhesión, por la naturaleza del mismo, en donde las partes discuten abiertamente los términos y condiciones a someterse dentro del pacto contractual, como ocurrió en el presente caso, sin que la hoy recurrente hubiera manifestado su inconformismo [...] 6. [...] Respecto de las mejoras reclamadas por la arrendataria del bien en discusión, se ha de resaltar que dichas mejoras fueron realizadas bajo el contrato anterior, esto es suscrito entre la Empresa Serviempleos Ltda y la Señora [sic] Alba Marina Gamboa Orduz; por lo tanto mal puede pretender trasladar la obligación de reconocer dichas mejoras al actual contrato, pues al momento de suscripción del mismo, no se hizo mención de llo ni tampoco en el transcurrir del desarrollo mencionado contrato, por lo tanto la administración municipal n o [sic] puede entrara [sic] a reconocer mejoras que no fueron ni autorizadas ni recibidas dentro del presente contrato [...] 7. [...] Al hacer una lectura atenta de las cláusulas 10 y 17, encontramos que precisamente se pacta la terminación unilateral por parte del arrendador y establece le procedimiento a seguir, siendo la comunicación a la arrendataria con antelación de noventa (90) días a la fecha que se defina su terminación, por tanto no tiene sustento el argumento de que la entrega del inmueble solo procede por acción judicial, pues ello equivaldría a admitir que la administración no puede realizar su desarrollo normal sin intervención de parte de un juez. En la mencionada cláusula 10 se autoriza no solo para el reclamo del bien judicialmente sino EXTRAJUDICIALMENTE, que es en últimos el presente procedimiento. Se deriva de lo anterior la facultad de decidir por que [sic] vía inicia la solicitud de entrega del bien. 8. [...] Partiendo del hecho que el contrato se rige por la normatividad civil, es importante aclarar que no procede indemnización alguna por la terminación del mismo, tal como se pacto [sic] en el contrato en la cláusula 14 [...] 9. [...] No es procedente el derecho de retención invocado por la recurrente, en primer lugar por que [sic] las mejoras invocadas [sic] como sustento de la retención no son aprobadas por el municipio y en segundo lugar por que [sic] en el texto del contrato, en la cláusula 11 se estableció expresamente la renuncia de la retención. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, no es procedente el recurso de reposición y por tal motivo la decisión contenida en el oficio del 6 de marzo de 2006 #000250 mantiene su validez. En relación con su derecho de petición radicado el 29 de marzo de 2006 me permito manifestar: A la fecha la Alcaldía Municipal esta [sic] realizando el estudio correspondiente y la ejecución de las obras, para el traslado de las plazas de mercado a la nueva zona destinada para ello, por tal motivo no se puede dar esta información hasta tanto no se encuentre debidamente aprobado [sic] la forma y condiciones como se realizara el traslado de los mercados, pues ello conllevaría a dar información sin el debido sustento y que puede variar en el desarrollo de la ejecución del proyecto y que en ultimas [sic] le corresponde al Sr. Alcalde quien a la fecha no ha dado las directrices a seguir. Respecto al interrogante sobre la propiedad del terreno donde se construye la nueva plaza de mercado, me permito informar que sobre el particular la Oficina de Planeación Municipal es la competente para resolver dicho interrogante por tal motivo debe dirigirse a este despacho para lo pertinente y para solicitar los documentos que requiera al respecto" [fls.55 a 57 C.1].

¹²⁰ "[...] Al punto primero. Por encima del contrato esta la ley y ningún contrato puede celebrarse contrariando los elementos esenciales del mismo [...] Al punto segundo [...] Respecto de este punto, me permito manifestar que la Administración Municipal no puede desconocer el previo contrato con SERVIEMPLEOS LIMITADA, porque en realidad ese contrato no fue con esa empresa intermediaria, sino al final de cuentas fue con la E.I.S. CUCUTA E.S.P., porque se trata de una cadena de mandatarios, uno seguido del otro que culmino [sic] en el contrato de arrendamiento celebrado con SERVIEMPLEOS LIMITADA [...] Ahora bien, el punto de discusión es que no existe "continuidad" porque se suscribió nuevo contrato con la SECRETARIA DE GOBIERNO, lo cual no es cierto, porque el primer contrato con

solicitud de declaratoria de nulidad e inexistencia del contrato de arrendamiento de 16 de julio de 2004, presentada por la señora Alba Marina Gamboa Orduz en escrito del 17 de abril de 2006 radicado ante el Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana [fls 84 a 86 C.1]; (ix) oficio SGCSC N° 000423 del 26 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta, dirigido a la señora Alba Marina Gamboa Orduz, por medio del cual se le informó *“que para decretar la nulidad del contrato de fecha 16 de julio de 2004, y por encontrarse en desacuerdo con el mismo por las razones que usted aduce, debe acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en desarrollo del artículo 87”*, por lo que no procedía el recurso de reposición en atención al derecho de petición radicado el 17 de abril de 2006 [fl 93 C.1]; (x) Oficio SGCSC N° 000428 del 27 de abril de 2006, del Secretario de

SERVIEMPLEOS LIMITADA por representación también fue suscrito con la SECRETARIA DE GOBIERNO, lo que sucede es que se utilizó un intermediario que fue SERVIEMPLEOS LIMITADA a quin la SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL le entregó la administración y la facultad de arrendar las Plazas [sic] de mercado [...] el último contrato con la SECRETARIA DE GOBIERNO contiene la cláusula que es inexistente, por expreso mandato constitucional y legal especialmente lo previsto en el artículo 524 del Código de Comercio [...] Al punto tercero. No lo entiendo. En anterior oficio se había desistido de utilizar la cláusula 10 y se había accedido a las pretensiones de abandonar esa posición, luego se utilizó la cláusula 14 y ahora se vuelve sin argumentación alguna a hablar de la cláusula 10 sin explicar las razones legales para utilizarla, entonces tenemos que se trata de una persecución, de una insistencia en atropellar los derechos del arrendatario [...] Al punto cuarto. Como se trata de documentos en poder de la administración solicito que en copia auténtica se introduzcan dentro del expediente, los siguientes documentos copia autentica [sic] ó certificada por su despacho del oficio de fecha 14 de febrero de 2.006 radicado DSSPD-001990 y la constancia de la ausencia de la notificación personal a la suscrita de ese documento y la constancia de que respecto de esa decisión no se permitió que se agotara la vía gubernativa [...] ustedes no tiene [sic] porque terminar mi contrato de arrendamiento, ni hacerle la restitución por la fuerza como están acostumbrados, sino entregarle el inmueble en las mismas condiciones que lo recibieron, es decir arrendado, conmigo adentro, porque cuando el Municipio de CÚCUTA recibió los Inmuebles [sic] de la E.I.S. CUCUTA E.S.P ya estaban arrendados y ahora que tiene que devolverlos también tiene que entregarlo [sic] arrendados y ocupados [...] El objeto del litigio es un bien inmueble privado de una sociedad industrial y comercial del Estado [...] lo cual indica que se rige por las normas del derecho privado en todas sus relaciones con los Particulares [sic], sus procesos tiene [sic] que adelantarse ante los JUECES [...] Al punto quinto. Es falso, los términos y condiciones del último contrato con la SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL no se discutió, se impuso por parte de SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL manteniendo cerrado el TALLER hasta tanto no se firmara conforme al texto ilegal que redactó la SECRETARIA MUNICIPAL, no se podía manifestar inconformismo ó plantear alguna nulidad ante el mismo funcionario que ejecutó la fuerza pues volvía a cerrar el Taller [sic] hasta tanto se desistiera [sic] de esa intención, además la suscrita arrendatario [sic] no tenía abogado, no conocía de sus derechos [...] Ahora bien, la obligación del pago de mejoras no solamente está sustentada en un contrato de arrendamiento, esa obligación existe independientemente del contrato, por el principio general de enriquecimiento sin causa [...] En conclusión, no podemos seguir pensando que el presente trámite de agotamiento de la vía gubernativa es un trámite que sustituye el proceso de restitución de bien inmueble arrendado que tiene que iniciarse ante los Jueces Civiles dada la calidad del bien inmueble, la calidad del propietario del inmueble que es una empresa industrial y comercial del estado y dado [sic] la existencia de un contrato celebrado con SERVIEMPLEOS LIMITADA que le otorga unos derechos fundamentales al arrendatario. [...] solicito como prueba del recurso que se ordene un peritazgo a efectos de establecer la cuantía de la indemnización y de las mejoras que tienen que pagarme como arrendataria [...]” [fls 66, 70, 71, 72, 73 y 81 C.1].

Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta, en el cual da respuesta al derecho de petición radicado el 17 de abril de 2006¹²¹ [fls 94-95 C.1]; (xi) oficio SGCSC N° 000421 del 27 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana de Cúcuta, con el que se dio respuesta al derecho de petición de información interpuesto por la señora Alba Marina Gamboa Orduz [fl 105 C.1]; (xii) oficio SGCSC N° 000432 del 27 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el que se dio respuesta al recurso de insistencia interpuesto por la señora Alba Marina Gamboa Orduz [fl 106 C.1]; (xiii) oficio SGCSC N° 000422 del 27 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno [fl 107 C.1]; y, (xiv) Oficio SGCSC N° 000433 del 27 de abril de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, con el que se dio respuesta al recurso de reposición y en subsidio apelación, interpuesto por la señora Alba Marina Gamboa Orduz¹²² [fl 108 C.1].

20.5.1. En la demanda la parte actora, reiterado en la apelación, solicitó la nulidad de los oficios SGCSC 000250 de 6 de marzo de 2006, 000390 de 6 de abril de 2006, 000423 de 26 de abril de 2006, 000428 de 27 de abril de 2006, 000432 de 27 de abril de 2006 y 000433 de 27 de abril de 2006.

20.5.2. Del estudio de los anteriores medios probatorios la Sala concluye, por lo tanto, que si la actora pretendía dejar sin efecto la declaratoria de terminación del contrato de arrendamiento suscrito el 16 de julio de 2004 entre esta y el municipio de San José de

¹²¹ “[...] 1. Adjunto 2 folios del oficio N° DSSPD-001990, fechado el 14 de febrero de 2006, respecto de la notificación y no agotamiento de la vía gubernativa, se aclara que este oficio es cruce de correspondencia entre al [sic] E.I.S. CUCUTA E.S.P. y la Administración Municipal, por tal motivo no procedió notificación. 2. Anexo 3 folios correspondientes al Convenio suscrito entre la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta E.S.P. y el Municipio de San José de Cúcuta. 3. Allogo 4 folios del contrato de arrendamiento suscrito entre el Municipio San José de Cúcuta y Serviempleos LTDA [sic]. 4. Para la suscripción del contrato de arrendamiento no se realizaron actas de entrega de los [sic] plazas de mercado públicas, ni mucho menos inventario de las mismas, por tal razón no se puede hacer entrega de solicitado [sic]. 5. La información requerida en los numerales 5° al 10°, fue remitida al Departamento Administrativo de Planeación Municipal quien es el competente para dar respuesta sobre el particula, adjunto oficio remitiorio” [fls 94 y 95 C.1].

¹²² “[...] En virtud del oficio recibido el 17 de abril de 2006, por medio del cual se interpone Recurso de Reposición y Apelación contra el escrito 000390 de del [sic] 6 de abril de 2006, respetuosamente me permito manifestar que dicho oficio contiene la contestación del Recurso de Reposición contra la decisión del escrito de fecha 250 [sic] del 6 de marzo de 2006, y en el mismo de [sic] concede el Recurso [sic] de Apelación [sic], razón por la cual contra el mismo no procede nuevamente Recurso [sic] alguno, de conformidad con el Artículo [sic] 50 y s.s. del C.C.A. Lo anterior, teniendo en cuenta que se esta dando aplicación al procedimiento del agotamiento de la vía gubernativa, y la reiterada interposición de oficios sobre el mismo tema, impide la firmeza de dichos actos administrativos, haciendo dilatorio el procedimiento establecido en la Ley para estos casos” [fl 108 C.1].

Cúcuta –Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana-, debió impugnar la legalidad del acto administrativo que produjo esta decisión, así como el que resolvió el recurso contra el mismo, esto es, los oficios SGCSC N° 000181 de 21 de febrero de 2006 y SGCSC N° 000250, de 6 de marzo de 2006, del Secretario de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana con el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto el 27 de febrero de 2006, pero como sólo se demandó este último, nos encontramos en presencia de la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria del acto administrativo que ordenó la terminación del contrato de arrendamiento.

20.5.3. Pues bien, en estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de un acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad si bien fue impugnada en la vía gubernativa, no lo hizo así en la judicial por parte de la sociedad actora¹²³.

20.5.4. Con otras palabras, si la sociedad actora presentó una petición o reclamación para el reconocimiento del desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato y esta fue negada por la entidad pública demandada mediante acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara la presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la sociedad demandante y contratista, pues no la cuestionó judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sea reconocido algo que ya le fue negado a través de un acto administrativo que existe, se presumen legal y está produciendo a plenitud sus efectos¹²⁴.

20.5.5. En síntesis, si lo que la sociedad actora pretendía era que se declarara el desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, debió impugnar la legalidad del acto por el cual la entidad pública demandada le negó esa petición o reclamación, y como así no lo hizo no puede venir ahora a hacerla, pues lo impide la

¹²³ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹²⁴ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

existencia y la presunción de legalidad del acto administrativo que negó ese pedimento¹²⁵.

20.5.6 Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la entidad pública demandada negó la petición o reclamación de desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo que ya denegó la petición elevada en ese sentido por la demandante, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado¹²⁶.

20.5.7. En conclusión, la sentencia impugnada será confirmada con base en la parte motiva de esta providencia.

8. Costas. Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere 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 haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO. REVOCAR el numeral primero de la sentencia de 25 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

¹²⁵ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹²⁶ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.



SEGUNDO. DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de San José de Cúcuta respecto de las pretensiones primera y segunda de la demanda.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia de 25 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander respecto de las demás pretensiones de la demanda, con base en los argumentos de la presente providencia.

CUARTO. ABSTENERSE de condenar en costas.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado