



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 54001233100020040093601 (44.237)

Actor: SERVIEMPLEOS LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE CÚCUTA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: El contrato realmente celebrado entre las partes. La procedencia del arrendamiento de bienes de uso público. La omisión de la licitación pública como causal de nulidad absoluta del contrato. Las restituciones mutuas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual, además de aceptar el impedimento de una magistrada y declarar la falta de legitimación de la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta E.I.S. Cúcuta E.S.P y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se declaró la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento del 6 de abril de 2001, celebrado entre el Municipio de Cúcuta y la sociedad Serviempleos Ltda., y se negaron las demás pretensiones, incluidas, las restituciones mutuas.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En el marco del contrato de arrendamiento del 6 de abril de 2001, cuyo objeto consistía en el arrendamiento de los inmuebles donde funcionaban las plazas de mercado de la ciudad de Cúcuta, Serviempleos Ltda., pretende que se declare el incumplimiento del municipio de Cúcuta por la terminación ilegal de dicho contrato y, en consecuencia, la restitución de los inmuebles arrendados y el reconocimiento de los perjuicios causados.



II. ANTECEDENTES

A. Demanda

1. Mediante demanda presentada el 29 de julio de 2004 (fl. 62 rev., c. ppal, 1ª instancia), en contra del municipio de Cúcuta, la sociedad Serviempleos Ltda. presentó las siguientes pretensiones (fls. 5 a 7, c. ppal, 1ª instancia):

1. Que se declare el incumplimiento por parte de la arrendadora del contrato de arrendamiento suscrito el día 6 de abril de 2001, entre el municipio de San José de Cúcuta-Secretaría de Gobierno- cuyo objeto consiste en el arrendamiento de los inmuebles en la sociedad SERVIEMPLEOS LIMITADA, inmuebles en donde funcionan las plazas de mercado de la ciudad de Cúcuta a la sociedad SERVIEMPLEOS LIMITADA, inmuebles nombrados y ubicados así: 1. LA VICTORIA, avenida 6 # 5-08 y/o calle 5 # 6-17 centro, 2. LAS ANGUSTIAS, Cll 22 # 19-67, 3. LA CABRERA, calle 18 # 4-45, 4. EL CONTENTO, calle 13 # 12-49, 5. SEVILLA, avenida 7 con calle 2ª norte, 6. ALMACENES POPULARES calle 12 avenidas 5 y 6 centro, 7. ALMACENES ECONÓMICOS calle 11 avenidas 6 y 7 centro, 8. ANTIGUOS CUARTELES avenida 6 # 6-33-35-41-45 centro, 9. ALMACENES UNIDOS, avenida 6 calles 4 y 5, 10. ENCERRADOS, avenida 6 calles 4 y 5, 11. CENTRAL, avenida 5 # 6.65-71-81-83 centro, 12. LA SEXTA, avenida 6 # 5-41, centro.

2. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos definitivos contenidos así:

- Oficio SGMCSO 0352 del 1 de abril de 2004
- Oficio # 0367 de abril 5 de 2004
- Circular sin número de abril 2 de 2004 y demás actos administrativos que en los mismos términos hubiere expedido la Secretaría de Gobierno Municipal de Cúcuta frente al contrato de arrendamiento suscrito con la Empresa SERVIEMPLEOS LIMITADA sobre los inmuebles donde funcionan las plazas de mercado de Cúcuta.
- Los actos de trámite del desahucio desistido tácitamente contenidos en el oficio # 871 del 2 de julio de 2003, del oficio # 994 del 31 de julio de 2003 y del oficio # 1084 del 22 de agosto de 2003.

3. Que se condene al MUNICIPIO DE CÚCUTA, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, EIS CÚCUTA E.S.P. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA E.S.P. identificada con NIT # 890.500.529-9 Y LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, a restablecer, restituir los inmuebles arrendados y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la primera perturbación el día 01 de abril de 2004 y adoptar las medidas necesarias para lograr que los efectos producidos por la conducta inicial cesen, que las cosas vuelvan a su estado anterior, la suspensión de todos los actos perturbatorios y en general no perturbar el derecho de mera tenencia y de arrendatario que la sociedad SERVIEMPLEO LIMITADA ostenta sobre los inmuebles donde funcionan las plazas de mercado. En caso de haberse realizado el traslado a la nueva plaza de mercado se ordene la desocupación y entrega de los inmuebles sustitutivos de acuerdo a lo pactado en el contrato de arrendamiento.

4. Que se condene al municipio de San José de Cúcuta, Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta EIS ESP y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a pagar a SERVIEMPLEOS LIMITADA, el valor de los perjuicios de orden material y morales, reparación del daño causado, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados, lo previsto en el artículo 522 del Código de Comercio, en la estimación de los perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor de las mejoras



necesarias y útiles que hubiere hecho en los locales arrebatados, los cuales se detallan en un capítulo de esa (sic) demanda, el valor de la cláusula décimo primera penal, 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.

5. Que se condene al MUNICIPIO DE CÚCUTA, Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana, EIS CÚCUTA ESP identificada con NIT # 890.500.529-9 Y LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, al pago de costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

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

2. En los hechos (fls. 7 a 25, c. ppal, 1ª instancia), la parte actora señaló que el 3 de marzo de 2000, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, después de tomar posesión de la EIS Cúcuta ESP, designó su representante legal, el que ha sustituido en repetidas ocasiones. Lo anterior, a su juicio, hace que la referida Superintendencia ejerza la representación de la intervenida.

2.1. Por su parte, la EIS Cúcuta ESP firmó el convenio n.º 1006 del 10 de noviembre de 2000 con el municipio de Cúcuta, a través del cual le entregó a este último la administración de las plazas de mercado.

2.2. El 6 de abril de 2001, el municipio de Cúcuta, a través de la Secretaría de Gobierno y en desarrollo del convenio n.º 1006 de 2000, arrendó a la sociedad actora Serviempleos Ltda. los inmuebles donde funcionan las plazas de mercado de la ciudad de Cúcuta (inmuebles identificados en las pretensiones de la demanda).

2.3. El plazo del contrato se fijó en un año, el que fue prorrogado, primero, por dos meses y, luego, por un año más y, de ahí en adelante, a juicio del actor, de manera automática.

2.4. A pesar de lo anterior, mediante oficios demandados en las pretensiones, el municipio de Cúcuta informó al contratista la terminación unilateral del contrato, con el fin de administrar los inmuebles directamente y demoler las construcciones existentes.

3. Como concepto de la violación (fls. 25 a 49, c. ppal, 1ª instancia), la parte actora, en resumen, estimó ilegal la terminación unilateral, como quiera que no se dio con un previo desahucio, ni con respaldo legal para proceder en tal sentido; por el contrario, se desconoció el derecho de prórroga automática que el artículo 518 del Código de Comercio reconoce a los arrendatarios de inmuebles comerciales, cuando han transcurrido más de dos años, así como la recepción del municipio demandado de los cánones de arrendamiento y el cumplimiento de las obligaciones por parte del



arrendatario. Igualmente, tampoco se respaldó la terminación en una causal justa, como quiera que no se llevó a cabo la demolición de los inmuebles anunciada, sin perder de vista que el municipio tampoco estaba autorizado para asumir la administración directa.

B. Trámite de primera instancia

4. Admitida la demanda, el Tribunal *a quo* ordenó notificar personalmente al municipio de Cúcuta, la EIS Cúcuta ESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (fls. 372 y 373, c. ppal 2, 1ª instancia).

5. El municipio de Cúcuta, al contestar la demanda (fls. 394 a 409, c. ppal 2, 1ª instancia), manifestó que la administración de los inmuebles era integral, razón por la cual bien podía pedir su restitución para su manejo directo. La terminación unilateral fue fundada legalmente y comunicada a la parte actora en oportunidad.

5.1. Propuso como excepciones: (i) la indebida acumulación de pretensiones, como quiera que no se podía pedir el incumplimiento contractual y la nulidad de los actos de terminación, si se tiene que, a su juicio, estos últimos, como actos privados de carácter contractual, quedaron incorporados en el cuestionamiento contractual, lo que excluía la posibilidad de demandar por separado los actos que se demandan, toda vez que carecen del carácter de administrativos y, por ende, de acción independiente. También estimó improcedente la restitución del inmueble, en atención a que está reservada para el arrendador.

5.2. Igualmente, propuso como excepciones (ii) la carencia del derecho demandado, si se tiene en cuenta que se contrató con la parte actora tan sólo la administración de las plazas de mercado, así como el arrendamiento a terceros, sin que de ninguna manera se entregaran los inmuebles en arrendamiento y menos comercial; (iii) la falta de la obligación de indemnizar a la parte actora, con los mismos argumentos expuestos para la excepción precedente, y, finalmente, alegó (iv) la inexigibilidad de las pretensiones del actor por la terminación unilateral, como quiera que esa facultad se pactó en la cláusula 8ª y cuyo ejercicio fue debidamente comunicado a la actora.

6. La EIS Cúcuta ESP (fls. 423 a 433, c. 2, 1ª instancia) aclaró que el convenio n.º 1006 de 2000, que suscribió con el municipio de Cúcuta, no se limitaba a la suscripción del contrato de arrendamiento en cuestión, sino que se extendía a la administración integral de los inmuebles, hasta el punto que se pactó la prohibición para la ESP de intervenir en dicha administración, lo cual ha cumplido. Con base en lo anterior, propuso su (i) falta legitimación en la causa por pasiva, (ii) la indebida acumulación



de pretensiones, (iii) la falta de nexo obligatorio, (iv) la falta de personería adjetiva por pasiva, (v) la inoponibilidad de las mejoras y daños causados a la parte actora (vi) y la ineptitud de la demanda, para lo cual insistió en que no es parte del contrato de arrendamiento.

6.1. También propuso como excepción (vi) el indebido agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que no hay pruebas de que se hubieran interpuesto los recursos procedentes, así como su (vii) falta de notificación. Igualmente, alegó (viii) improcedente el reconocimiento de perjuicios morales a las personas jurídicas por cuantificarlos caprichosamente, lo que de suyo también generaba la ineptitud de la demanda por no cuantificar razonadamente la cuantía, y (x) la inaplicabilidad de las normas del contrato de arrendamiento, por cuanto la parte actora se limitó a administrar los bienes.

7. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda de manera extemporánea (fl. 467, c. ppal 2, 1ª instancia)¹.

8. Mediante auto del 2 de noviembre de 2006, el *a quo* abrió el proceso a pruebas (fls. 466 a 469, c. ppal 2, 1ª instancia).

9. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 823, c. ppal 3, 1ª instancia), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios alegó su falta de legitimación, toda vez que no es parte de la relación jurídica cuestionada (fls. 834 a 844, c. ppal 3, 1ª instancia). La parte actora reiteró los argumentos de su intervención, con base en las pruebas obrantes (fls. 845 a 872, c. 3, 1ª instancia).

C. La sentencia de primera instancia

10. El 10 de febrero de 2011, al dictar sentencia (fls. 939 a 962, c. ppal, 2ª instancia), el Tribunal *a quo* declaró probada la falta de legitimación de la EIS Cúcuta ESP y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, debido a que no celebraron el contrato en cuestión ni expedieron los actos administrativos demandados. De otro lado, desestimó la excepción de indebida escogencia de la acción, como quiera que la acción contractual es procedente para definir la legalidad de los actos contractuales, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993. Las demás excepciones las reservó para decidir las con el fondo del asunto, como quiera que atacaban esto último.

¹ En esa oportunidad, se limitó a alegar su falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que su intervención en la EIS Cúcuta ESP se agotó con la designación del representante legal (fls. 455 a 459, c. 2, 1ª instancia).



11. Sobre el fondo, previa explicación del alcance de los bienes de dominio público, su titularidad, la naturaleza jurídica de las plazas de mercado, incluidas, las del contrato, y la tipología del contrato celebrado, concluyó que el contrato en comento correspondía a uno de concesión, que se celebró con una persona diferente de la indicada en el convenio n.º 1006 de 2000, que imponía contratar con Cenabastos, y sin licitación pública, sino directamente. De igual forma, echó de menos el acto administrativo de delegación del secretario de gobierno para la firma del contrato.

12. Con base en lo expuesto, determinó que el objeto del contrato de arrendamiento en estudio fue ilícito y, en consecuencia, dados los presupuestos para anularlo de oficio, procedió así y negó las restituciones mutuas, teniendo en cuenta que se trató de un contrato de tracto sucesivo y, por consiguiente, resultaba imposible retrotraer sus efectos.

D. Recurso de apelación

13. La parte actora interpuso recurso de apelación (fls. 1 a 171, c. ppal 4, 2ª instancia). En esta oportunidad, estima que la Sección Primera de esta Corporación avaló la procedencia de arrendar bienes de uso público, como las plazas de mercado. En esa dirección, insiste en pronunciarse de fondo sobre la cuestión propuesta en la demanda.

14. Estima contradictoria la sentencia de primera instancia, toda vez que no declaró la nulidad del convenio n.º 1006 de 2000, que fue el que autorizó a arrendar las plazas de mercado. También afirma que la nulidad absoluta daba lugar a declarar nulos los actos administrativos demandados. De igual manera, señala que el contrato no era de concesión, por cuanto no se le otorgó la exclusividad del servicio público de las plazas de mercado y tampoco se le entregó la administración de los inmuebles. En todo caso, estima procedente las restituciones mutuas por las mejoras realizadas en los inmuebles, las que están cuantificadas a través de dictamen pericial.

15. También se aparta de la falta de legitimación por pasiva de EIS Cúcuta ESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como quiera que fueron enteradas de las actuaciones ilegales del municipio demandado, encaminadas a terminar unilateralmente, el contrato, guardaron silencio, además que eran las mandantes del municipio dentro del convenio n.º 1006 de 2000.

16. Señaló que los bienes inmuebles eran de EIS Cúcuta ESP, que se convirtió en una simple sociedad mixta y, en consecuencia, ese patrimonio correspondía a los pensionados de esa sociedad. Igualmente, estima que si el bien era de uso público



no había fundamento para cobrar arrendamiento, como en efecto ocurrió, razón por la cual estima debe restituírsele este dinero.

17. Igualmente, afirma que la restitución que logró el municipio, a través de los actos administrativos demandados, debió obtenerse por un procedimiento judicial o administrativo. Puso de presente la precaria situación en la que quedaron las personas que dependían de la actividad de la parte actora. Insiste en el pago de las mejoras y en la reubicación, aun a pesar de la nulidad absoluta, por derecho propio y razones de justicia.

18. Afirma que compitió para que le adjudicaran el contrato con otras dos empresas, previa invitación pública. En ese proceso fue la mejor propuesta. Sostiene que después de varias consultas, el municipio demandado estimó procedente el contrato de arrendamiento de las plazas de mercado. Igualmente, estima prescrita la posibilidad para declarar la nulidad absoluta. Afirma que la Corte Constitucional, en sentencia T-210 de 2010, ha reconocido la obligación de pagar las mejoras de los ocupantes de hecho, con mayor razón de quien ostenta un contrato.

E. Trámite en segunda instancia

19. Después de admitido el recurso (fls. 957 y 958, c.ppal, 2ª instancia), se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 967, c. ppal, 2ª instancia), oportunidad en la que la parte actora y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 968 a 1129, c. ppal, 2ª instancia).

III. CONSIDERACIONES

F. Jurisdicción y competencia

20. Atendiendo al régimen jurídico y a la naturaleza jurídica pública del municipio de Cúcuta, es claro que esta controversia es de conocimiento de esta jurisdicción.

21. Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en atención a su cuantía², en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

² Entre los diferentes montos reclamados por concepto de daño emergente está el de la devolución de los cánones cancelados por la suma de \$1.200.000.000, según la estimación razonada de la cuantía hecha en la demanda (fl. 49, c. ppal, 1ª instancia).



G. La legitimación en la causa

22. El municipio de Cúcuta y la sociedad Serviempleos se encuentran legitimadas, en tanto son parte de la relación contractual fuente de las reclamaciones judiciales en estudio.

23. En cuanto a la EIS Cúcuta ESP debe señalarse que de conformidad con los considerandos del convenio n.º 1006 del 10 de noviembre de 2000, suscrito entre el municipio de Cúcuta y la referida EIS, esta última era la encargada de la administración de las plazas de mercado La Victoria, Las Angustias, La Cabrera, El Contento, Sevilla, Almacenes Populares, Almacenes Económicos, Antiguos Cuarteles, Almacenes Unidos, Encerrados, Central y La Sexta (fl. 63, c. ppal, 1ª instancia). Mediante ese mismo convenio, la EIS le devolvió la referida administración al municipio de Cúcuta (cláusula primera, fl. 64, c. ppal, 1ª instancia) y en la cláusula cuarta, la EIS se comprometió a “[n]o intervenir en la administración, uso, goce y operación de los inmuebles y muebles objeto de este convenio durante el tiempo que perdure el mismo” (fl. 64, c. ppal, 1ª instancia).

24. Vale señalar que la duración del convenio n.º 1006 se pactó en tres meses, pero con la posibilidad de prórroga sucesiva y automática (cláusula sexta, fl. 65, c. ppal, 1ª instancia). Aquí no está demostrada su finalización, tan sólo el 22 de enero de 2004, el municipio de Cúcuta solicitó a la EIS la terminación bilateral del referido convenio (fl. 66, c. ppal, 1ª instancia), de la cual desistió posteriormente (fl. 68, c. ppal, 1ª instancia). Tampoco le corresponde a la Sala definir la legalidad de esta estipulación, como quiera que escapa al alcance de la presente controversia, toda vez que no es la relación contractual en estudio. Con todo, lo anterior confirma la vigencia del referido convenio para cuando se suscribió el contrato aquí en cuestión.

25. De lo expuesto se desprende que la EIS trasladó la administración de las plazas de mercado al municipio de Cúcuta, sin que pudiera intervenir en la misma. Estas razones son suficientes para concluir que la EIS no está legitimada en la causa por pasiva, como quiera que el único responsable por la administración de las plazas de mercado, marco en el cual se suscribió el contrato de arrendamiento aquí cuestionado, fue el municipio de Cúcuta, hasta el punto que fue el que firmó dicho contrato.

26. En lo que tiene que ver con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios debe señalarse que su intervención en la EIS, hecho confirmado en sus alegatos (fl. 839, c. ppal 3, 1ª instancia) y en los documentos aportados por la intervenida en la contestación de la demanda (fls. 435 a 437, c. ppal 2, 1ª instancia), no tiene el alcance de comprometer su responsabilidad en el presente asunto.



27. En efecto, el parágrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, al regular sobre las funciones de la citada Superintendencia, señala que en *“ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya”*. Lo anterior se ve reflejado no sólo en el contrato, sino en los actos demandados, como quiera que son suscritos exclusivamente por la EIS y el municipio de Cúcuta.

28. De conformidad con lo anterior y contrario a lo expuesto en la apelación, es claro que ni la EIS Cúcuta ESP ni la Superintendencia citada están legitimadas en la causa por pasiva. Vale aclarar que la comunicación de las actuaciones contractuales de terminación unilateral por parte de la actora a estas entidades, tampoco las compromete, toda vez que, como quedó consignado, no eran parte de la relación contractual cuestionada.

29. En consecuencia, respecto de este punto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

H. Ejercicio oportuno de la acción

30. Teniendo en cuenta la naturaleza de ejecución sucesiva del contrato en estudio, es claro que está sujeto al trámite liquidatorio, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Vale recordar que este contrato se firmó el 6 de abril de 2001 y por un año, contado a partir de la referida fecha (fl. 70, c. ppal, 1ª instancia), razón por la cual su finalización se verificaba el 6 de abril de 2002³; sin embargo, ese plazo se prorrogó por dos meses más (fls. 76 y 77, c. ppal, 1ª instancia), es decir, hasta el 6 de junio de 2002. Finalmente, el 30 de mayo de 2002 se amplió por un año más (fls. 82 a 85, c. ppal, 1ª instancia), esto es, hasta el 6 de junio de 2003. Con sólo tomar esta fecha, es claro que la demanda presentada el 29 de julio de 2004, lo fue dentro del bienio señalado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

I. Plan de solución del caso

31. Para resolver de fondo el asunto, la Sala determinará si las partes celebraron un contrato de arrendamiento. Dependiendo de esta respuesta, se determinará la consecuencia de haberse o no celebrado esta tipología y si esto determinaba la nulidad absoluta del contrato. En caso de que esta última sea procedente, se analizará la oportunidad para declararla y las restituciones mutuas.

³ En los contratos comerciales, como el aquí analizado, en atención a la calidad de comerciante de Serviempleos (fls. 328 a 330, c. ppal 2, 1ª instancia, certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cúcuta), los plazos en meses o años tendrán su vencimiento el mismo día del correspondiente mes o año, en los términos del numeral 3º del artículo 829 del Código de Comercio.



J. Las partes no celebraron un contrato de arrendamiento, sino un contrato atípico que involucró diversas tipologías

32. En este escenario judicial, la naturaleza del contrato celebrado entre las partes está en discusión. Efectivamente, mientras la parte actora insiste en su apelación que se trató de un contrato de arrendamiento, el municipio demandado estimó que se celebró un contrato de administración. En tal sentido, corresponde al juez indagar por la finalidad de las partes con la celebración del contrato en estudio, con el ánimo de determinar, más allá de la denominación formal que las partes le hayan dado al contrato, la naturaleza del contrato realmente celebrado⁴.

33. Para empezar, la Sala encuentra que las partes le dieron la denominación clara de un contrato de arrendamiento; sin embargo, esa manifestación no es suficiente, por cuanto se debieron satisfacer, al menos, los elementos mínimos de esta modalidad contractual.

34. En tal sentido, el artículo 1973 del Código Civil dispone que el arrendamiento consiste en la obligación, de una parte, de conceder el goce de una cosa, o de ejecutar una obra o un servicio y, de la otra, de pagar, por este goce, obra o servicio, un precio determinado. Aquí vale precisar que el arrendamiento de servicios o de obra, ha adoptado, con el tiempo, unas modalidades propias e independientes de la tipología del arrendamiento, tales como el contrato de trabajo, el contrato de suministro (artículo 968 del Código de Comercio), el de prestación de servicios (numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) y el contrato de obra mismo (numeral 1 del artículo 32 citado)⁵. En esa medida, esta tipología corresponde, de manera más reciente y de forma más estricta, a la entrega del goce de una cosa o bien.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esta oportunidad, se precisó, en torno al alcance o naturaleza jurídica del contrato realmente celebrado, que está va más allá de la simple denominación que hacen las partes. En efecto, así se discutió: *“Más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado y, consecuentemente, el régimen jurídico que debe serle aplicado, es la presencia de los elementos que determinan la función económico-social del negocio o, en los términos utilizados por el artículo 1501 del Código Civil, de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente”*.

⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 6ª Edición, 2004, pp. 399 y 400. El autor precisa: *“Por fortuna, modernamente, se ha ido separando la presentación de la locatio conductio, hasta el extremo que la prestación de servicios forma parte de la legislación social de trabajo, con desarrollo y conceptos propios. Tan sólo rige un aspecto del arrendamiento de servicios, el reglamentado en el artículo 2063 del Código Civil, sobre obras inmateriales, o sea donde predomina la inteligencia sobre la mano de obra, sin carácter permanente de servicio y sin subordinación. Así mismo, la ejecución de la obra material está adquiriendo una modalidad, actualmente, que se aparta en su aplicación del contrato de arrendamiento, para imponerle casi una propia calificación: contrato de obra”*.



35. Bajo ese entendimiento esta Corporación ha señalado que los elementos esenciales del contrato de arrendamiento son (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien, (ii) el precio que se paga por el uso o goce de ese bien y (iii) el consentimiento de las partes⁶. En principio, estas exigencias parecen satisfechas en el presente asunto. Efectivamente, el objeto del denominado contrato de arrendamiento quedó acordado, así (fl. 69, c. ppal, 1ª instancia):

Objeto: Arriendo de los inmuebles en donde funcionan las plazas de mercado de la ciudad de San José de Cúcuta denominados: La Victoria, Las Angustias, La Cabrera, El Contenido, Sevilla, Almacenes Populares, Almacenes Económicos, Antiguos Cuarteles, Almacenes Unidos, Encerrados, Central y La Sexta, de conformidad con el convenio n.º 1006 del 10 de noviembre del 2000, suscrito entre la señora Representante Legal designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante resolución 001769 del 3 de marzo de 2000 para la Empresa Industrial y Comercial del Municipio de Cúcuta y el señor alcalde de la ciudad. La dirección, linderos y especificaciones se determinará en documento adjunto que hará parte del presente contrato.

36. En relación con el precio se pactó (fl. 69, c. ppal, 1ª instancia):

Precio: La suma seiscientos dieciocho y ocho (sic) millones de pesos (\$618.000.000) mcte, divididos en doce (12) cuotas mensuales a razón de cincuenta y un millones quinientos mil pesos (\$51.500.000) mcte, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada periodo mensual al arrendador mediante cheque de gerencia girado a nombre de la Tesorería municipal de Cúcuta, incrementado anualmente de acuerdo al índice de precios al consumidor (IPC).

37. El acuerdo sobre las dos cláusulas citadas, fue elevado a escrito, el cual se encuentra firmado por las partes. De esa forma, podría pensarse que se cumplen las exigencias para celebrar un contrato de arrendamiento; sin embargo, la lectura desarticulada de estas cláusulas no devela toda la intención de las partes al momento de firmar el denominado contrato. Para el efecto, es preciso revisar desde el convenio n.º 1006 de 2000, que fue el precedente inmediato para la celebración del contrato en estudio.

39. El valor del convenio n.º 1006 de 2000 se fijó en la suma de \$168.000.000, que sería pagadero, así (cláusulas segunda y tercera, fl. 650, c. ppal 3, 1ª instancia):

CLÁUSULA TERCERA: FORMA DE PAGO. *El municipio de Cúcuta pagará a la EIS CÚCUTA ESP, la suma de \$33.600.000 mensuales, equivalente aproximadamente al 60% de los recaudos de mercados. **El restante 40% será para el municipio y de esta suma pagará una cifra a convenir con la empresa que se encargue del manejo de los mercados** (se destaca).*

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26.939, M.P. Hernán Andrade Rincón. Reiteración de las sentencias del 15 de marzo de 2001, exp. 13.352, M.P. Alíer Hernández Enríquez; 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; 29 de noviembre de 2006, exp. 16,855, M.P. Fredy Ibarra Martínez, y del 11 de agosto de 2010, exp. 18.636, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. También ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 1970.



40. Como obligaciones del municipio se acordó (fl. 650, c. ppal 3, 1ª instancia):

1) Arrendar las plazas de mercado a CENABASTOS o a cualquier otra entidad pública o privada afín. 2) Cancelar a la EIS CÚCUTA ESP el valor estipulado en la cláusula tercera del presente convenio los primeros 10 días de cada mes. 3) Deberá tener los servicios en correcto funcionamiento como también los equipos. 4) El municipio presentará un proyecto de acuerdo al Concejo pidiendo autorización para vender a la EIS CÚCUTA ESP el lote de terreno, por ser esta propietaria de las mejoras del mercado La Victoria. 5) Se obliga a no realizar mejoras y si las realizare quedarán a favor de la EIS CÚCUTA ESP. 7) Se obliga a mantener y conservar los bienes y devolverlos en el estado en los que lo recibe, salvo el deterioro normal. 8) Asegurar los bienes inmuebles contra incendio y terremoto (se destaca).

41. Como se observa, en el convenio n.º 1006 citado, las partes referían de manera confusa la tipología del contrato que se celebraría. Con todo, ya se avizoraba que la finalidad descansaba en encontrar un administrador de las plazas de mercado, que se ocupara de los inmuebles y del servicio que estas prestaban.

42. El contrato de arrendamiento del 6 de abril de 2001 también reprodujo estas inconsistencias.

43. Para empezar, limitó la destinación de los inmuebles únicamente para “*mercado minorista doméstico, cocinas, venta de ropa, calzado y artículos de cuero y el servicio de baños a usuarios y visitantes*” (cláusula segunda, fl. 70, c. ppal, 1ª instancia), sin que fuera posible usarlo para vivienda propia o para terceros o para bodegas o similares (cláusula cuarta, fl. 70, c. ppal, 1ª instancia).

44. Asimismo, permitió el subarriendo, con las únicas limitaciones de que no fuera por un tiempo superior al de dicho contrato y no se subarrendara para vivienda (cláusulas tercera y cuarta, fl. 70, c. ppal, 1ª instancia). Para el efecto, el municipio demandado se obligó a suministrar toda la información al contratista para que éste siguiera recaudando “*los valores de subarriendos*” (cláusula novena, fl. 71, c. ppal, 1ª instancia). Incluso, se acordó que si el contratista no podía recibir esos valores diarios de arrendamiento, debido a problemas de orden público, el municipio descontaría esos valores del canon de arrendamiento (cláusula décima cuarta, fl. 72, c. ppal, 1ª instancia).

45. Igualmente, en el contrato en estudio se señaló que las reparaciones se harían de acuerdo con la liquidación y el plan de recuperación de la planta física que hiciera la Secretaría de Gobierno (cláusula quinta, fls. 70 y 71, c. ppal, 1ª instancia) y que el contratista devolvería el inmueble con todas las mejoras efectuadas para el correcto funcionamiento de las plazas de mercado (cláusula octava, fl. 71, c. ppal, 1ª instancia).



46. Mediante el contrato en estudio, el municipio también le entregó la administración directa de las plazas de mercado al contratista (cláusula sexta, fl. 71, c. ppal, 1ª instancia), sin perjuicio de la supervisión por parte del municipio (cláusula séptima, fl. 71, c. ppal, 1ª instancia). Inclusive, le encargó la recuperación extrajudicial y judicial de la cartera morosa, actividad que se pagaría de conformidad con las tablas del Colegio de Abogados (cláusula décima tercera, fl. 71 y 72, c. ppal, 1ª instancia).

47. Lo expuesto desdice la intención de las partes de celebrar un contrato de arrendamiento, como quiera que los elementos esenciales de este tipo de contratos no están presentes. Efectivamente, el uso y goce exclusivo del arrendatario desapareció cuando se le encomendó la administración total de las plazas de mercado, lo cual implicaba entregar al contratista, no sólo unos inmuebles destinados al uso público, lo cual de suyo impedía este tipo de contratos, como lo tiene definido el pleno de esta Corporación⁷, sino también porque dichos bienes estaban destinados al servicio público.

48. En consecuencia, el uso y el goce de los inmuebles no lo definía el arrendatario ni los subarrendatarios, sin desconocer que se consintió el subarriendo total, lo que es admisible legalmente en los arrendamientos comerciales (artículo 523 del Código de Comercio), como quiera que ninguno de estos podían usar y gozar libremente los inmuebles sin desconocer su condición bienes de uso público y, además, destinados al servicio público, es decir, sin desconocer las normas de orden público.

49. Efectivamente, no puede perderse de vista que el contrato recayó sobre unos bienes especiales. En efecto, las plazas de mercado son de bienes de uso público⁸ que prestan un servicio público. En efecto, el artículo 674 del Código Civil define a las plazas como bienes de uso público, género del cual hacen parte las plazas de mercado. Igualmente, conforme al numeral 15 del artículo 169 del Código del Régimen Político Municipal y en atención al uso público al que están afectas, las plazas de mercado corresponden a un servicio público de orden municipal.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, sentencia del 14 de agosto de 2018, exp. 0500133100320090015701, M.P. Oswaldo Giraldo López.

⁸ Sobre dicha naturaleza, ver: La Corte Constitucional (sentencia T-238 de 1998), con base en la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado “*que las plazas de mercado son bienes de uso público (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia julio 24 de 1990), no por el hecho de su destinación a la prestación de un servicio público sino por pertenecer su uso a todos los habitantes del territorio (C.Civil art. 674). El carácter de bienes de uso público somete a las plazas de mercado a la custodia, defensa y administración por parte de las entidades públicas respectivas (Sentencia junio 19 de 1968. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil)*”; Consejo de Estado, Sección Primera.



50. En dirección con lo dicho por esta Corporación *“las plazas de mercado constituyen un servicio público, ya que se trata de actividades organizadas que tienden a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua de acuerdo con un régimen jurídico especial. Pero hay algo más, el artículo 1° del decreto 753 de 1956 (...) prescribe que “constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades: (...) e) las plantas de leche, plazas de mercado (...)”*⁹.

51. Vale recordar que la afectación como bien de uso público puede darse de manera formal, a través de un acto jurídico que así lo declare, o materialmente, por abrir el bien al uso del público en general¹⁰. En el *sub lite*, la afectación de uso público de las plazas de mercado en estudio, además de las fundamentos jurídicos expuestos, se confirma con la destinación que le fijaron las partes como plazas de mercado minorista.

52. En este punto, vale precisar que la naturaleza jurídica de la titular de las plazas de mercado, la EIS Cúcuta ESP, como una empresa industrial y comercial del Estado (fl. 435, c. ppal 2, 1ª instancia), no como sociedad de economía mixta, como se afirma en la alzada, no desvirtúa el carácter de entidad pública de dicha entidad ni tampoco la destinación de uso público. Efectivamente, ni siquiera en un escenario de mixtura de dicha entidad deja de ser pública¹¹ y las plazas de mercado tienen dicha destinación por definición legal, además de que las partes contractualmente así lo confirmaron.

53. De suerte que las plazas de mercado aquí en estudio son bienes de uso público y, además, estaban destinadas a un servicio público. En esos términos, en línea

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de noviembre de 1979, exp. 3.026, M.P. Jacobo Pérez Escobar. Citada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2016, exp. 76001233100020050256201, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ En un caso en el que se discutía la calidad de bienes de uso público de unas plazas de mercado que estaban asignadas a la empresa de servicios públicos de Villavicencio, como ocurre en este asunto, esta Corporación, después de corroborar la calidad de entidad pública de dicha entidad y la destinación de la plaza al uso público, concluyó que se trataba de un bien de uso público. En: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2010, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. En esta oportunidad, se precisó: *“En este evento, esto es, en el caso de bienes artificiales, que es el que interesa en el sub lite, se tiene que para que adquiera la categoría de bien de uso público, se requiere su afectación al uso público, la cual consiste en la manifestación de voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, por medio de la cual incorpora al uso o goce de la comunidad. // Esa declaración de voluntad puede presentarse de manera formal, es decir, a través de un acto jurídico, o de hechos o comportamientos que indiquen de manera inequívoca la decisión de consagrar el bien de uso público, verbigracia la inauguración de una obra y darla como abierta al público”*.

¹¹ Efectivamente, la Corte Constitucional al declarar inexecutable el inciso 2º del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que imponía que para que una sociedad fuera de economía mixta debía tener más del 50% de capital público, precisó que para que una entidad tuviera dicha naturaleza tan sólo se requería de concurrencia de capital público en cualquier porcentaje (C-953 de 1999). Por lo tanto, así se tratara de una sociedad de economía mixta, la calidad de entidad pública de la EIS se mantiene.



con la posición unificada de esta Corporación¹², tampoco esta tipología resultaba procedente, en tratándose de este tipo de bienes. En consecuencia, esta es otra razón más para descartar la tipología que las partes intentaron utilizar y de aceptarse que esto fue lo que celebraron se impondría su anulación, conforme lo impone la citada unificación, cuyos efectos no fueron diferidos en el tiempo.

54. En segundo lugar, no solamente el uso y el goce estaba en entredicho. El precio tampoco correspondía a la tipología del arrendamiento. Si bien el contratista pagaba un supuesto arrendamiento, lo cierto es que este recibía los subarriendos y, además, si tenía imposibilidad de recibirlos, por situaciones de orden público, el canon que debía pagar se reducía proporcionalmente. Lo anterior significa que los valores del subarrendamiento los recibía el contratista, hasta el punto que afectaban el valor que pagaba como arrendamiento, es decir, eran parte de la prestación económica del contrato y de su conmutatividad. En esa medida, si el recaudo de subarrendamientos superaba el canon, como en efecto lo fue, se desdibujaba el precio, al menos, como arrendamiento, toda vez que no pagaría nada a cambio del uso y goce.

55. De conformidad con lo expuesto, tampoco había un precio en los términos de un arrendamiento, no sólo por la inexistencia del uso y goce, que sería suficiente para descartar la referida tipología, sino porque además la contraprestación pactada revelaba el pago de unos derechos por parte del contratista para explotar los inmuebles, a cambio de los cuales, recibía el dinero de la explotación de los locales. En otras palabras, de la explotación de los inmuebles y del servicio público de las plazas de mercado. Igualmente, con el dictamen pericial practicado en el proceso, se determinó que el ingreso promedio mensual por los inmuebles era de \$80.096.180 (fl. 791, c. ppal 3, 1ª instancia), lo cual resultaba superior al pago del canon.

56. En suma, contrario a lo expuesto por la parte actora en su apelación, el contrato celebrado no corresponde a la tipología de un contrato de arrendamiento.

57. Al revisar con detenimiento el clausulado del contrato en estudio, se tiene que del mismo se desprenden algunas obligaciones propias de un contrato de prestación de servicios, como quiera que se enmarcan en el desarrollo de *“actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad estatal”* (numeral 3 artículo 32 de la Ley 80 de 1993), con toda y la amplitud que esta definición legal implica sobre el alcance de esta tipología¹³.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, sentencia del 14 de agosto de 2018, exp. 0500133100320090015701, M.P. Oswaldo Giraldo López.

¹³ BENAVIDES, José Luis, *“Contratos Públicos. Estudios”*, Universidad Externado de Colombia, 2014, Bogotá, p. 313. El autor advierte sobre el amplio alcance de la definición del numeral 3 del



58. En esa dirección, resulta ilustrativa la declaración del señor Fabio René Carrillo Velasco, quien, como funcionario del municipio conoció de la contratación en estudio, hasta el punto que, puesto el texto del mismo de presente, confirmó que se trataba del mismo en el que había intervenido, señaló (fl. 493, c. ppal 2, 1ª instancia):

(...) en la práctica lo que se desarrolló entre la firma Serviempleos Ltda. y la Secretaría de Gobierno municipal fue un contrato de cesión de la facultad que se le entregó a través de un acuerdo municipal desde el año 1996 de administrar los mercados públicos y se refrenda en dos hechos fundamentalmente, primero, en que la firma Serviempleos jamás ocupó ninguno de los inmuebles sino que estos siguieron siendo ocupados por los arrendatarios que venían haciendo uso de cada uno de estos puestos y en segundo lugar, en que Serviempleos solo cumplió las funciones de hacer el cobro de los cánones de arrendamiento a estas personas y el de terminar o crear nuevos contratos de arrendamiento que son funciones netamente de administración.

59. Por su parte, Néstor Pacheco Rodríguez, quien también conoció del contrato en estudio, en su calidad de Secretario de Gobierno, manifestó que Serviempleos nunca tomó posesión material de las plazas de mercado y que su labor era la de administración, como quiera que los locales ya venían ocupados desde hacía muchos años (fl. 504, c. ppal 2, 1ª instancia); por su parte, los señores Edgar Antonio Villamizar Ortiz y Doralisa Cuellar Cáceres, quienes tenían locales en las plazas de mercados aquí en estudio, declararon que no vieron que Serviempleos tuviera puestos en las plazas donde tenían sus locales y que se limitaba a cobrar el arriendo de los locales (fl. 506, c. ppal 2, 1ª instancia, fl. 707, c. ppal 3, 1ª instancia).

60. La misma representante legal de Serviempleos, que aunque no celebró directamente el contrato, confirmó que la actividad de la contratista consistía en subarrendar, aunque afirmó que tenía locales propios, lo cual no encuentra otro respaldo en el proceso. Igualmente, tampoco respondió si se limitaba al recaudo de esos dineros (fl. 498, c. ppal 2, 1ª instancia).

61. Como se observa, el contratista tenía la obligación de recaudar y administrar los inmuebles, claro está, que no sólo para recaudar y administrar, sino para decidir materialmente, hasta el punto que terminaba y celebraba nuevos contratos, es decir, aseguraba la prestación del servicio público como si fuera el propio municipio

artículo 32 citado, lo siguiente: “No obstante, el objeto así definido es en extremo amplio y comprende tipologías de contratos muy disimiles. En estricto sentido, cualquier contrato estatal tiene por objeto genérico “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. Si el contratista siempre colabora con las entidades estatales en el logro de sus fines (Ley 80/93, art. 3) y el contrato tienen como objetivo “el cumplimiento de los fines estatales”, por lo que comprende todas las modalidades existentes y las imaginables que no sean contrarias a los fines determinados en el Estatuto Contractual y a la buena administración (Ley 80/93, art. 40), se impone concluir que cualquier contrato estatal desarrolla actividades relacionadas con. La administración y funcionamiento de la entidad. El suministro de los bienes corrientes, así como la realización de una obra pública, son actividades íntimamente relacionadas con la administración. Ni qué decir de la concesión”.



demandado. Por consiguiente, las obligaciones del contratista iban más allá de una simple colaboración en la gestión interna de la entidad estatal, por insuficiencia de persona o de una administración total, como quiera que la reemplazaba en sus funciones en torno a las plazas de mercado, hasta el punto que el municipio se limitaba a hacer unas revisiones ocasionales, es decir, las decisiones que involucraban la prestación misma del servicio público se trasladaron al contratista.

62. En los términos anteriores, es claro que al encargar al contratista de la administración de los inmuebles (cláusula sexta), no sólo se le entregaron unos bienes de uso público, sino que también se le trasladó la prestación del servicio público. Efectivamente, el municipio se limitaba a una simple inspección, en la medida que tan solo se le imponía al contratista que permitiera *“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”* (cláusula séptima).

63. Ahora, el testigo Fabio René Carrillo Velasco, ya citado, señaló que los recaudos iban a una cuenta del municipio y se utilizaban *“para el mantenimiento de las mismas plazas de mercado, los costos de administración”* (fl. 494, c. ppal 2, 1ª instancia); sin embargo, esta afirmación no se acompasa con lo pactado en el contrato, por cuanto no hay un pago por administración. El contratista recibía los subarriendos y administraba los inmuebles, incluido el dinero que entrara por dicho concepto, hasta el punto que si los subarriendos eran menores, por situaciones de orden público, el canon se reducía proporcionalmente. Esto indica que los subarriendos determinaban la contraprestación de las partes y no un porcentaje de lo recaudado.

64. Además, las obligaciones no eran de simple recaudo, puesto que de lo contrario, no se explica la razón para que el contratista asegurara un mínimo de recaudo, bajo una supuesta cláusula de canon, sin que se especificara que debía devolver el saldo restante, cuando lo natural de este tipo de obligaciones es llevarlo a cabo el recaudo y entregarlo en su integridad a su contratante, gestión por la cual se cobra el contratista.

65. Sin embargo, el contratista aquí aseguró un mínimo de ingreso por subarriendos, mínimo que además tendría una reducción en el evento de situaciones de orden público que impidieran la prestación del servicio de plazas de mercado. De lo anterior se desprende que el contratista no se limitaba a apoyar la labor de recaudo, como quiera que sus obligaciones no estaban atadas a lo efectivamente recaudado, sino que este lo garantizaba en un mínimo, salvo razones de orden público.



66. Ahora, podría pensarse que este tipo de acuerdos son aceptables en los contratos de prestación de servicios de recaudo, en la medida que bien puede el contratista asegurar un mínimo de recaudación; no obstante, tampoco se dijo nada de lo que se haría con el exceso de lo recaudado. No es claro que se tratara de un contrato gratuito, sino de un contrato oneroso, en atención a la naturaleza comercial de la contratista. En esa medida, todo apunta a que el saldo de lo recaudo constituía el pago del contratista; sin embargo, las partes nada acordaron sobre el particular ni tampoco se aportaron pruebas que permitan habilitar ese tipo de pago o que al menos permitan determinar su conmutatividad.

67. En esa medida, el municipio trasladó sus funciones respecto de las plazas de mercado al contratista. De tal suerte que también se incorporó en la contratación en estudio un elemento propio de la concesión¹⁴, es decir, el contratista asumió la explotación de unos bienes destinados al uso y al servicio público; sin embargo, esta explotación, que implicaba la administración y el recibo de los subarriendos, no se hacía por cuenta y riesgo del contratista, al menos de lo acordado en el contrato.

68. Efectivamente, el contratista no tenía que asumir obras o inversiones por su cuenta, toda vez que estas estaban supeditadas a las liquidaciones y el plan de recuperación determinado por la Secretaría de Gobierno (cláusula quinta). Cosa distinta es que el contratista materialmente las haya adelantado, con desconocimiento de lo pactado. En esa medida, el contratista no asumió contractualmente por su cuenta y riesgo la explotación de las plazas de mercado.

69. De lo hasta aquí expuesto se tiene que el contrato en estudio incorporó una mixtura de obligaciones, que no podían adecuarse de manera precisa en una sola tipología contractual. Se trató de un contrato atípico en el que se combinaron

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada, entre otras, por la Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26.939, M.P. Hernán Andrade Rincón. Los elementos de la concesión se han identificado, así: (i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario. (ii) El concesionario asume la gestión y riesgo del servicio público, obra o bien que corresponde al Estado, de tal forma que lo sustituye en el cumplimiento de dicha carga. (iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario. (iv) El concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros). Finalmente, (v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato. En el mismo sentido, ha discurrido la Corte Constitucional (sentencia C-250 de 1996), al señalar que los contratos concesión *“son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*.



obligaciones propias de la prestación de servicios, con la explotación de un bien público destinado al servicio público, lo que también le incorporaba rasgos de una concesión.

K. Las consecuencias jurídicas de no celebrar materialmente un contrato de arrendamiento

70. La consecuencia jurídica principal de que las partes decidieran recurrir artificialmente a una modalidad de contratación, además del impacto negativo de gran parte de los fundamentos de la apelación, es que abrieron la posibilidad de caminos precontractuales improcedentes, que de acuerdo con lo probado, permitieron eludir el proceso de selección que aquí se imponía, como quiera que la *“escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación pública”* (numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), lo que aquí se imponía en atención a que ningún supuesto de contratación directa estaba habilitado. Por lo tanto, resultaba forzoso anular el contrato de manera absoluta.

71. Las partes tuvieron la intención original de celebrar un contrato de arrendamiento, tal como la parte actora lo puso de presente en su alzada al señalar que se hicieron consultas por parte del municipio demandado para determinar la procedencia del arrendamiento. Por consiguiente las partes originalmente sí querían celebrar un contrato de arrendamiento, así fuera de manera artificial, como quedó visto. La consecuencia de esta adecuación forzada es que podían recurrir a la selección por contratación directa, tal como lo disponía para esa época el literal e) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

72. Si bien el contratista señala en su apelación que hubo convocatoria pública y que participó en una selección con otros dos proponentes, el expediente no da cuenta de estas afirmaciones. Por el contrario, a pesar de que en la contestación de la demanda, se puso de presente la discusión sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado, la parte actora, que aceptó que desde la etapa previa se hicieron consultas para determinar la procedibilidad del arrendamiento de bienes de uso público, ni en su demanda (fls. 53 a 62, c. ppal, 1ª instancia) ni en otras oportunidades procesales, pidió los antecedentes completos de la etapa precontractual, por lo que los fundamentos de la apelación, no pasan de ser simples afirmaciones sin respaldo probatorio. Lo mismo puede decirse de la conducta procesal del municipio demandado.

73. En esa medida, las pruebas allegadas no dan cuenta, como lo dijo el *a quo*, de la realización de una previa licitación pública, que se imponía en atención a la



cuantía¹⁵ y a la imposibilidad de adecuar el contrato atípico celebrado a una tipología que habilitara la contratación directa, en particular un arrendamiento o un contrato de prestación de servicios, con mayor razón si la habilitación de esta modalidad es en extremo excepcional y estricta. De lo contrario, sería suficiente con incorporar, incluso artificialmente, un elemento de una tipología contractual que permite la contratación directa para emplearla, lo que resulta a todas luces inaceptable.

74. Igualmente, se muestra inverosímil que las partes hubieran hecho un esfuerzo para adecuar, forzosamente, su contrato a un arrendamiento, para terminar recurriendo a una licitación pública, cuando el ordenamiento jurídico les permitía una contratación directa. Los testigos citados en esta providencia tampoco refieren el agotamiento de este proceso de selección.

75. La Sala reitera que el comportamiento procesal de las partes, en el sentido de desentenderse de las pruebas encaminadas a aportar los antecedentes del contrato en estudio, cuando eran conscientes de que habían dudas sobre la tipología procedente, tal como lo muestra el contrato atípico que terminaron por celebrar, no puede premiarse con el aval de un ejercicio forzado que habilitó la contratación directa. En todo caso, las entidades estatales, en escenarios dudosos de contratación directa, deben decantarse por procesos de selección de participación plural plenos y no por lo contrario. Habilitar un comportamiento así, sería tanto como incentivar la elusión de procesos de selección, prohibida por el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y desconocer la excepcionalidad de la contratación directa.

76. Vale reiterar que no se está en el escenario de un contrato de arrendamiento, contrario a lo sostenido en la alzada como argumento central, toda vez que el uso, el goce ni el precio, como elementos esenciales de esta tipología, se cumplieron. Por consiguiente, tampoco puede alegarse por la parte actora, la falta de una postura unificada en torno a la procedencia del arrendamiento de bienes de uso público, como quiera que ni siquiera se está en el marco de esta tipología.

77. Por lo tanto, de acuerdo con el panorama probatorio obrante, bien hizo el *a quo*, en declarar la nulidad absoluta del contrato, como quiera que no está probado que la licitación pública se cumpliera, como correspondía en atención a que no se daban

¹⁵ Efectivamente, aun cuando no está probado el presupuesto anual del municipio de Cúcuta, si se toma el de la entidad estatal con mayor presupuesto en los baremos del literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la menor cuantía más alta correspondía a 1.000 smilmv, es decir, para el año 2001, fecha de la celebración del contrato aquí en estudio, la suma de \$286.000.000. En esa medida, como el precio del contrato *sub judice* fue de \$618.000.000, anuales (fl. 69, c. ppal, 1ª instancia), es claro que superaba la menor cuantía más alta que establecía la ley .



los supuestos estrictos para contratar directamente y la cuantía del contrato así lo imponía, omisión que comportaba un vicio de nulidad absoluta, toda vez que daba lugar al desconocimiento de normas de derecho público y con ello un contrato con objeto ilícito, en los términos del artículo 1519 del Código Civil.

78. En esos términos, probada plenamente la omisión de licitación pública y presentes todas las partes del contrato, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, se imponía para el juez de primera instancia declarar la nulidad absoluta atacada; con todo, la Sala se aparta de la argumentación del *a quo* sobre la violación del convenio 1006 de 2000, en tanto este no limitaba celebrarlo con determinada persona, basta leer para el efecto el numeral 1 de su cláusula quinta. Tampoco la falta de delegación, en la medida que la ausencia del acto administrativo que la contenga, no comparta su necesaria inexistencia.

79. Ahora, sobre la nulidad del convenio 1006 de 2000, debe decirse que este no está cuestionado en el presente asunto, hasta el punto que no es parte de las pretensiones de la demanda. Por esta razón, el juez no podía extender su facultad oficiosa a una contratación cuyo cuestionamiento no estaba en juicio¹⁶.

80. Finalmente, tampoco se imponía la nulidad consecencial de los actos administrativos demandados, toda vez que el análisis de legalidad no fue posible abordarlo, precisamente por la nulidad absoluta declarada. Lo anterior sin perjuicio del decaimiento de tales actos administrativos por desaparecer el fundamento jurídico de su expedición, por nulidad del contrato bajo el cual fueron expedidos y para lo cual el artículo 67 del C.C.A. permitía alegar la excepción de pérdida de ejecutoriedad, reproducida en el artículo 92 del C.P.A.C.A.. En esos términos, la presunción de legalidad no se desvirtuó de manera automática u oficiosa, toda vez que esta es el fruto del análisis del juez, de acuerdo con los cargos propuestos.

L. La oportunidad para declarar de oficio la nulidad absoluta

81. Ahora, respecto de la oportunidad del juez para declarar la nulidad absoluta, la cual la apelante estimó vencida, debe recordarse que el artículo 1742 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 822

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 15.052, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Efectivamente, en esta oportunidad, frente a los requisitos para declarar la nulidad absoluta del contrato, de manera oficiosa por parte del juez, se precisó: *“Para que el juez administrativo pueda declarar de oficio una nulidad absoluta, de antiguo esta corporación, acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en aplicación de la norma anterior, ha manifestado que se requiere: a) que el vicio esté probado en el mismo instrumento o contrato que sirve de prueba al respectivo negocio jurídico, del cual surjan de bulto los elementos que configuran la causal de nulidad; b) que el negocio o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y c) que al pleito hayan concurrido las partes contratantes o sus causahabientes, en respeto del debido proceso de las partes del contrato”*.



del Código de Comercio, señala que la nulidad absoluta “en todo caso” puede sanearse por prescripción extraordinaria, que no por ratificación, al estar expresamente prohibida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

82. La expresión “en todo caso por prescripción extraordinaria” del artículo 1742 citado, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en el marco de una demanda, en la que se alegaba que la causa ilícita no podía sanearse por contrariar la moral social. Al respecto, la Corte precisó que la frase “en todo caso” se refiere “no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir expresamente “y por prescripción extintiva”, pero ello no ocurrió así”¹⁷.

83. La Corte prosiguió diciendo que¹⁸:

La prescripción extraordinaria de la acción de nulidad absoluta por el transcurso de 20 años, como ya se dijo, impide que después de vencido ese plazo, las personas que tenían interés legítimo para incoarla lo puedan hacer, quedando de esta manera saneado el vicio de que adolecía el acto o contrato, así éste sea ilícito. Asunto que bien puede regular el legislador dentro de su facultad para reglamentar las relaciones jurídicas y adoptar mecanismos enderezados a solucionar los conflictos que de ellas se deriven, siempre y cuando al hacerlo no contraría ningún precepto constitucional, lo cual se determinará en seguida. (...)

La convivencia pacífica, consagrada en el artículo 2 de la Constitución, consecuencia del interés general consignado en el primero, exigen que existan reglas jurídicas claras a las cuales deban someter su conducta las personas que viven en Colombia, y que no subsistan indefinidamente situaciones inciertas generadoras de disputas y litigios sin fin, incompatibles con la seguridad jurídica y, en último término, con el derecho a la paz, que es el eje de toda nuestra normatividad superior.

En conclusión, el aparte demandado del artículo 1742 del Código Civil, anterior a la Constitución actual, es armónica con ella y así lo declarará la Corte.

84. En suma, en línea con la Corte Constitucional, es claro que en cualquier evento de nulidad absoluta, esta quedará saneada por el paso del tiempo, tal como como lo ha reiterado esta Corporación al señalar que el juez también está atado a esta limitante temporal¹⁹, claro está, con la precisión de que esto opera “no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Hernández Enríquez y del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.



de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”²⁰.

85. Es de precisar, que el término de prescripción extraordinaria es de 20 años para el *sub lite*, tal como lo disponía el artículo 2532 del Código Civil, en la redacción original del artículo 1º de la Ley 50 de 1936, como quiera que la reducción que impuso la Ley 791 de 2002 tan sólo entró a regir el 27 de diciembre de 2002. Por lo tanto, es claro que para el 30 de mayo de 2002 (fl. 82 a 85, c. ppal, 1ª instancia), cuando se firmó la última prórroga del contrato aquí en estudio²¹, el término de prescripción extraordinario que inició a correr fue el de 20 años²², el cual hasta la fecha no está vencido.

86. En consecuencia, este argumento de la alzada también debe desestimarse.

M. Restituciones mutuas

87. Frente a las restituciones mutuas, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 señala que incluso cuando hay objeto o causa ilícita es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, siempre que se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto que ésta hubiere obtenido. Dicho beneficio quedó circunscrito a que se pruebe que las prestaciones cumplidas les sirvieron a la entidad estatal para satisfacer un interés general. Igualmente, vale agregar que es preciso que esto será procedente en la medida que resulte jurídica y físicamente la restitución en doble vía y, si así lo es, deberán cumplirse las exigencias del artículo 48 citado.

88. En ese orden, resulta improcedente la devolución de lo pagado por el contratista a título de supuesto arrendamiento, como quiera que era parte de la ecuación económica del contrato, hasta el punto que ello también comportaría que se devolviera el recaudo de los subarrendamientos. En otras palabras, deshacer lo ejecutado y cumplido, resulta en este momento un imposible, toda vez que el contratista recibió los subarriendos y honró el compromiso de pagar por recibir estos dineros o, al menos, nada se alegó ni probó en otra dirección. Tampoco las

²⁰ Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 15 de diciembre de 2017, exp. 50.045 B, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ Se computa desde la prórroga, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-709 de 2001, al condicionar la exequibilidad del literal e) del numeral 10 del C.C.A., en el entendido de que en el caso de modificación o adición, la caducidad de la acción contractual para la nulidad absoluta se contará a partir de la fecha de celebración de estas.

²² El término de prescripción así corrido debe respetarse, como quiera que el régimen jurídico del contrato, por regla general, es el vigente a la fecha de su celebración, sin que se trate de un tema de reclamación en juicio o sancionatorio, en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.



pruebas permiten hacer este balance, como quiera que los dictámenes se limitaron a calcular los perjuicios causados por la terminación del contrato.

89. Ahora, en relación con la devolución de las mejoras, debe señalarse que las partes acordaron que estas serían realizadas de conformidad con la liquidación y el plan de recuperación que realizara la Secretaría (cláusula quinta). Sin que el cumplimiento de estos condicionamientos esté demostrado.

90. Igualmente, el contratista tenía la obligación de devolver los bienes, junto con estas adecuaciones (cláusula octava), sin que las partes hubieran pactado obligación en cabeza de la entidad estatal contratante sobre su reconocimiento. Además, tampoco está probado que lo recibido por subarrendamientos no hubiera alcanzado para cubrir estos costos. Por su parte, el testigo señor Fabio René Carrillo Velasco señaló que los recaudos van a una cuenta que se utilizan *“para el mantenimiento de las mismas plazas de mercado, los costos de administración”* (fl. 494, c. ppal 2, 1ª instancia).

91. Efectivamente, en el dictamen se calculó que el promedio de ingresos mensuales era de \$80.096.180 (fl. 791, c. ppal 3, 1ª instancia), claro está para el periodo subsiguiente a la terminación que se demanda; sin embargo, este cálculo permite tener un aproximado de lo que producían los inmuebles y que, en principio, superaba el denominado canon que debía pagar el contratista.

92. Vale reiterar que el contrato exigía que las mejoras se hicieran con la autorización de la entidad estatal, al imponer que se sometieran al plan y las órdenes de la Secretaría de Gobierno, aspecto que tampoco se encuentra demostrado. Esto era indispensable para la procedibilidad del reconocimiento de estas mejoras, por cuanto si el contratista veía que no le resultaban compensadas con los ingresos de los subarriendos debió abstenerse de adelantarlas, por la carga de diligencia y sagacidad que imponía la contratación, con mayor razón si necesitaba de autorización.

93. En suma, se impone confirmar la decisión del *a quo* de negar las restituciones mutuas.

N. Condena en costas

94. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.



Radicación número: (44.237)
Actora: Serviempleos Ltda.
Demandado: Municipio de Cúcuta y otros
Referencia: Apelación Sentencia-Acción contractual

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF