TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN NO. 6

MAGISTRADA PONENTE: ANA YASMÍN TORRES TORRES

Tunja, nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Accionante :	ESE Centro de Salud de Zetaquira
Accionado :	Distrimeq Ltda
Expediente :	150013333012201300024-01
Medio de Control :	Contractual

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada (fls. 279-285) contra la sentencia de 15 de agosto de 2014, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado, y accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 253-273 vto).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 6 a16).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, la ESE Centro de Salud de Zetaquira presentó demanda en contra de la Empresa DISTRIMEQ LTDA, con el objeto que se declarase la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes y que el mismo se incumplió, por no cancelar los cánones oportunamente.

1.1. HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La ESE Centro de Salud de Zetaquirá celebró contrato de arrendamiento con la Empresa Distrimeq Ltda, sobre el local comercial ubicado en la carrera 4ª No. 3-07, dirección donde también funciona la ESE Centro de Salud.

El término de duración del contrato fue de 5 meses comprendidos entre el 6 de octubre de 2008 al 31 de marzo de 2009; acordando un pago mensual por canon de arrendamiento la suma de $220.000 pagaderos en forma anticipada dentro de los 5 primeros días de cada mes a través de la Tesorería de la ESE, o en consignación en la cuenta bancaria de la misma entidad.

Se pactó que el contrato podía ser prorrogado, adicionado o modificado, previo acuerdo de las partes, después de doce (12) meses continuos y se aumentaría el costo de arrendamiento el 1% del canon establecido para el año vigente; empero, la empresa ha incumplido con sus obligaciones, pese a continuar con el uso y goce del inmueble.

1.2. PRETENSIONES

Los demandantes piden lo siguiente:

1. Declarar la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre la ESE Centro de Salud de Zetaquira y la Empresa Distrimeq Ltda sobre el inmueble urbano localizado en el edificio donde funciona la ESE, carrera 4 No. 3-07 de Zetaquira.

2. Declarar que la empresa demandada, incumplió el contrato de arrendamiento sobre el inmueble referido por no haber cancelado oportunamente los cánones de arrendamiento pactados dentro del contrato celebrado, así como su incremento correspondiente.

3. A título de indemnización, solicitó que se condene al pago de los cánones adeudados entre los meses de enero de 2009 a junio de 2013; así como los intereses moratorios bancarios sobre las sumas anteriores desde el 1 de junio de 2013, hasta cuando se verifique su pago y según la tabla de la Superintendencia Bancaria.

4. Que se indemnice los demás perjuicios que se hayan ocasionado a la ESE, como consecuencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante consideró que se violaron normas, como el artículo 141 de la Ley 1347 de 2011, artículos 1996 y siguientes del Código Civil, artículos 20, 75, 76, 77, 83, 424 y demás concordantes del Código de Procedimiento Civil.

Refiere que el medio de control propuesto, permite que se declare el incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes involucradas en el *sub lite,* como quiera que se está viendo afectado su patrimonio.

En otras palabras, que el daño contractual consiste en la lesión del derecho del crédito como consecuencia de un comportamiento contrario del deudor al esquema de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende dos modalidades del daño, como lo son, el emergente y el lucro cesante.

2. LA CONTESTACIÓN (fls. 247 a 256)

La Empresa DISTRIMEQ LTDA, por intermedio de apoderado, presentó escrito de contestación oponiéndose a cada una de las pretensiones por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos

Mencionó que el contrato de arrendamiento aludido por parte del demandante no existe ni existió, y que si bien hubo intención de celebrar el contrato, este no se celebró, tal y como lo demuestra la minuta de contrato de arrendamiento sin firma allegado como prueba en la demanda.

En razón de lo anterior, dijo que si no existió el contrato de arrendamiento, no se puede pregonar incumplimiento del mismo, y menos aún, pretender que se condene al pago de sumas de dinero como las se pretenden.

Aseveró que Distrimeq Ltda usa el inmueble, pero no en virtud del contrato de arrendamiento señalado en la demanda, sino porque desde tiempos pretéritos la ESE Centro de Salud de Zetaquirá, permitió usar el inmueble para la entrega de medicamentos a los usuarios del régimen subsidiado de ese municipio.

Propuso las excepciones de *i) inexistencia del contrato de arrendamiento*, aduciendo que en el caso en estudio la entidad demandada no dio su consentimiento para la realización o perfeccionamiento del contrato de arrendamiento, prueba de ello, es que no se suscribió contrato de arrendamiento alguno; *ii) cobro de lo debido*, pues ante la falta de perfeccionamiento del presunto contrato de arrendamiento, la empresa accionada no tiene obligación alguna de pagar suma alguna de dinero; *iii)* mala fe, al pretender el pago de cánones de arrendamiento respecto de un contrato inexistente, al señalar que el contrato no se suscribió por olvido de la entidad demandada; *iv)* compensación, en caso de salir avante la existencia del contrato, deber ser compensadas con las obligaciones que tiene la entidad demandante para con Distrimeq, originada en el suministro de medicamentos, la cual aún no ha sido cancelada.

En escrito separado, pero dentro de oportunidad, propuso además las siguientes excepciones: *i)* Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales, como quiera que el trámite surtido de conciliación como requisito de procedibilidad no se llevó a cabo, porque la demandada no fue notificada en debida forma, además que las pruebas arrimadas son meros borradores del presunto contrato de arrendamiento, *ii)* falta de legitimación de la causa por pasiva, como quiera que no existió contrato de arrendamiento, la entidad demandada, no está llamada a responder por las obligaciones aludidas en la demanda.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad para alegar, la ESE Centro de Salud de Zetaquira (fl. 227 a 231), reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio e insistió que Distrimeq disfrutó e hizo uso de un inmueble de propiedad de la ESE, por lo

que debe declararse la existencia del contrato de arrendamiento y consecuente a ello, el incumplimiento por omisión en el pago de cánones de arrendamiento.

Aunado a lo anterior, consideró que dentro del plenario no quedó probada deuda alguna de medicamentos por parte de la ESE a Distrimeq y por lo tanto, no se puede dar por cierto, lo mencionado en la defensa de la demanda.

Distrimeq (fl. 244 a 251), expuso que no tiene ningún vínculo contractual con la demandante y por tanto, reiteró los argumentos de defensa utilizados en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** en esta oportunidad no emitió concepto.

4. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia del 15 de agosto de 2014 (fls. 253 a 274), declarando no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y accedieron a las pretensiones de la demanda.

Estructuró el problema jurídico, e indicó que de la demanda se infiere que las pretensiones se encaminan a que se declare la existencia de contrato de arrendamiento y por ende su incumplimiento para que proceda el reconocimiento a título de indemnización el pago de los cánones adeudados.

Luego de referirse al marco normativo que el Código Civil señala para el contrato de arrendamiento, y el régimen que se le aplica a las Empresas Sociales del Estado, trajo en extenso una jurisprudencia del Consejo de Estado que analizó el contrato de arrendamiento, su naturaleza y sus características.

De igual manera, expuso lo concerniente al tema del Código de Comercio y lo que ha sostenido la doctrina. A continuación dijo que en virtud del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 las Empresas Sociales del Estado se les aplica la Ley 80 de 1993, señalando que allí se dispone que los contratos del Estado deben

constar por escrito o que se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Aterrizando al caso concreto, sostuvo que obra en el plenario que existe minuta de contrato de arrendamiento, pero no aparece suscrita por el representante legal de la demandada Distrimeq Ltda, por tanto, no puede ser considerado como un acto jurídico generador de obligaciones. Sin embargo, dijo que dicho documento si infiere la existencia del querer del demandante.

También consideró que el contrato de arrendamiento es de naturaleza consensual, o lo que es lo mismo, nace a la vida jurídica con el consentimiento de las partes, sin requerirse la solemnidad en cuanto obre por escrito, por cuanto los contratos de las entidades como la demandante se rigen por mandato legal por el derecho privado, esto es de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Así entonces, que si bien es cierto, el contrato es consensual y es posible una convención verbal, se requiere de prueba que así lo acredite, y entonces, en el caso en estudio, se infiere la existencia de consenso entre las partes en cuanto el querer estipular obligaciones propias del contrato de arrendamiento.

Se valió el juez de primera instancia, de diferente material probatorio, como lo es acta de entrega de muebles, así como la lista de medicamentos, comunicaciones y de cuentas, que corroboran lo dicho por los testigos que se decretaron en el proceso.

Igualmente, que existen comprobantes de egresos en los que se cancelan cánones de arrendamiento para los meses de octubre a diciembre de 2008. Lo anterior le permitió al *a quo* inferir que existió acuerdo entre las partes en la celebración del contrato, llegando a establecer el aspecto consensual del contrato de arrendamiento, por cuanto obran además como principio de prueba por escrito la existencia del acto.

Dijo que no se puede considerar que se trataba de una entrega a título gratuito del inmueble, pues ello sería tratado como contrato de comodato, que tiene sus limitantes de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. A lo sumo, señaló que el documento contractual no es objeto generador de obligaciones y por lo tanto, el consenso se llega a establecer con otros documentos que concretan dicho elemento.

Entonces para establecer la obligación del canon se tiene una cancelación que la misma entidad hace de los meses de octubre a diciembre de 2008 por valor de $660.000 y las cuentas de cobro que la demandada recibió, asumiendo que el valor del canon corresponde a $220.000 mensuales.

En lo que respecta a la compensación manifestada, manifestó que no estaban dadas las condiciones para acceder a ello, concluyendo por tanto, que debe pagar las sumas adeudas sin ajustes del mismo, como quiera que estuvo probado.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia y dentro del término legal, la parte demandada interpuso recurso de apelación (fls. 279 a 285) solicitando sea revocada la providencia y en su lugar, se nieguen las pretensiones.

Luego de resumir las consideraciones del fallo de primera instancia, y de precisar las características del contrato de arrendamiento, además de las definiciones del Código Civil que rigen al caso, reiteró que la demandada no consintió la celebración del contrato referido, es decir, que no expreso consentimiento alguno, de manera que no está probada la existencia del contrato y por eso debió declararse probada la primera excepción propuesta.

En gracia de discusión, al declararse la existencia del contrato, debió declarar también la excepción de compensación, pues sostuvo que no fue clara las razones de hecho y de derecho para negarla, máximo cuando la ESE reconoce

la obligación, pues satisface los requisitos previstos en los artículos 1715 u 1716 del Código Civil.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término para presentar alegatos de conclusión, el **apoderado de la ESE Centro de Servicios de Zetaquira** (fls. 332- 335), reiteró todos los argumentos expuestos en el escrito demandatorio.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto, le corresponde a la Sala establecer si existen los presupuestos del contrato de arrendamiento entre las partes y por ende, si se generó incumplimiento del mismo, que conlleve a la indemnización.

Por lo anterior, comenzará la Sala por analizar *i)* el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado E.S.E (contrato de arrendamiento), *ii)* el perfeccionamiento y celebración los contrato, *iii)* el contrato sin formalidades plenas, *iv)* la prórroga automática en los contratos estatales, para finalmente resolver el *iv)* caso en concreto.

2.1. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado - Contrato de Arrendamiento.

Los contratos estatales se caracterizan por el hecho de que por lo menos una parte contractual es una entidad estatal, independientemente de si se trata de contratos estatales de derecho público o de derecho privado. Como correlato de los contratos estatales, los contratos privados son celebrados entre particulares.[1]

[1] Pág. 27-28. Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia

Así pues, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, dispuso una enumeración de las que denomina Entidades Estatales, entre las cuales se encuentran las entidades descentralizadas, como lo son, las E.S.E. Así entonces, se entiende que estas entidades se regirán, al celebrar sus contratos y según el artículo 13 *ibídem:*

> *"por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley".*

A lo sumo, esa regla general no puede entenderse como un desprendimiento íntegro del estatuto general de contratación administrativa, como quiera que éste se ha entendido como un instrumento que tiene la administración para cumplir con los fines del Estado. Así entonces, la Corte Constitucional[2] ha enseñado que:

> *"... el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social del Derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución".*

De otra parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato estatal de la siguiente manera:

> *"como todo acto jurídico generador de obligaciones celebrado por las entidades públicas a las que se refiere este estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad".*

Así entonces, los contratos celebrados por las entidades públicas tienen como objeto cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y hacer efectivos los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, conclusión que se concreta del contenido del artículo 3 de la Ley 80 de 1993[3] y

---

[2] Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992.

[3] *De los Fines de la Contratación Estatal.* Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el

de ahí que sean expresión de la función administrativa (art. 209 C.P.), porque se caracterizan por estar al servicio de los intereses generales con sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, contradicción y publicidad.

Si decimos que el contrato estatal, es el negocio jurídico de la administración para el cumplimiento de los fines del Estado, tenemos entonces que manifestar que también que es un acto bilateral, en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor, equiparado lo dispuesto en los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, a lo previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado[4] ha precisado que la naturaleza del contrato estatal no obedece al régimen jurídico o legal que lo informa sino a la naturaleza pública de la cual participa la entidad que lo suscribe: *"De este modo, son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales', (...), caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos."*

Ahora bien, en Colombia, a pesar de la interpretación gramatical de los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 pareciera sugerir que la administración celebra contratos en ejercicio de la autonomía privada; pero debe ponerse de presente que la administración púbica no tiene autonomía y no tiene voluntad. Así entonces, para la celebración de un contrato se exige como requisito de validez la aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos[5].

Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

[4] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013) RADICACIÓN: 44001233100020000061 9 01

[5] Pág. 33. Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia . Véase: cfr. "exposición de motivos" en Gaceta del Congreso.

A esa aptitud dice la doctrina se predica de una entidad estatal y se denomina "competencia", en tanto se le llama "capacidad" si se trata de un particular[6].

En aras del cumplimiento de los cometidos estatales, el Estado a través de sus diferentes entes, celebra diferentes contratos denominados "Estatales", entre ellos: compraventa, arrendamiento, obras públicas, concesión, suministro, prestación de servicios, consultoría, entre otros.

A lo sumo, el Estatuto de Contratación Estatal y algunas leyes especiales disponen los casos, en que en material contractual, las entidades estatales estarán sometidas al régimen de derecho privado y también dispone la ley 80 que lo no previsto por ella, se resolverá con las normas del Código Civil y el Código de Comercio, veamos:

> *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley." (subraya fuera de texto)*

En lo pertinente al asunto analizado, se dirá que en lo que corresponde a la tipología de contrato de arrendamiento celebrado[7] por una Empresa Social del Estado, tiene *normatividad sustantiva* propia en el derecho privado; empero, como se analizara a continuación más detenidamente, el perfeccionamiento y su celebración se encuentran reguladas de manera precisa, expresa y especial en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, de manera que la aplicación de las disposiciones del Código Civil y el Comercial, según el caso, se atenderán para las reglas propias del contrato como tal.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 95 numeral 6, estableció en relación con el régimen jurídico de las E.S.E, que:

> *"En materia contractual* ***se regirá por el derecho privado****, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública" (negrilla fuera de texto)*

---

[6] *ibídem*
[7] Presuntamente

Lo anterior tiene como precedente, que la actuación administrativa del derecho privado, no pertenece, en ningún caso, sólo al derecho privado en general y la actuación del derecho público no se le aplica sólo al derecho público, independientemente de cuáles tareas la administración tiene que cumplir.[8]

Así pues, debe entenderse que la modalidad contractual, de arrendamiento, es válida para la administración – en ese caso, una Empresa Social del Estado -, y puede actuar en calidad de arrendatario o de arrendador; el primero, tratando de concretar que el inmueble sea apto para el servicio, y el segundo, se buscará que el canon pactado esté ajustado a un precio real y conveniente.

A la luz de la Ley 1150 de 2007, el contrato de arrendamiento esta cobijado por la causal de contratación directa[9], y por lo tanto, no requiere obtener varias ofertas, pero si agotar las reglas dispuestas para cumplir con el deber de selección objetiva.

Ahora bien, el contrato de arrendamiento, está definido por el Código Civil así:

> *"Art. 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."*

De lo anterior, se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes, los siguientes:

-. La concesión del goce o uso de un bien

-. El precio que se paga por el uso o goce del bien

-. El consentimiento de las partes.[10]

---

[8] Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia
[9] Para las entidades estatales en general. Artículo 2 de la Ley 80 de 1993
[10] Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de abril 30 de 1970.

Así las cosas, del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts. 1982 ss y 1996 ss C.C).

Así mismo, son características del contrato de arrendamiento, el ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo "en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo[11]".

Bajo este precepto, se analizará las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, para entender las materias regularmente señaladas en ella, y que por lo tanto sobre esos aspectos, no le es viable remisión alguna a disposiciones del derecho privado.

Sea oportuno, referirnos a la posición del Consejo de Estado, sobre este asunto, de la siguiente manera:

> *"En el régimen especial de la contratación estatal, se tiene presente que la Ley 80 de 1993 en su artículo 13 dispuso la integración normativa de las reglas de derecho comercial y civil, "salvo en aquellas materias reguladas en esta ley." En este sentido, las disposiciones del derecho comercial sólo tienen lugar a ser aplicadas como ley del contrato estatal, en la medida en que las reglas respectivas no se encuentren en contraposición al régimen de la contratación estatal. 115 Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012. Por ejemplo, constituyen casos típicos de excepción a la integración normativa del régimen de contratación, los procedimientos de formación del contrato estatal y la formalidad escrita del mismo, puesto que en esos asuntos existen reglas legales específicas de acuerdo con la Ley 80 de 1993, contrarias a las disposiciones del derecho comercial en las que se pregona como principio general la libertad de las formas*

---

[11] Renato SCOGNAMILIO define así las obligaciones sucesivas en su obra *Teoría General del Contrato*, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1971; pág. 296: Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, quince (15) de marzo de dos mil uno (2001), Radicación número: 25000-23-26-000-1993-9167-01(13352)

de negociación en la etapa precontractual y el consenso de voluntades como fuente suficiente para dar lugar a la existencia de un contrato mercantil."[12]

Por otra parte, es preciso indicar que la Ley 80 de 1993 pretendió unificar el régimen de los contratos que celebran las entidades estatales con los particulares; sin embargo, el mismo estatuto contractual y leyes especiales disponen que existen contratos estatales que no se les aplica la ley 80 sino el derecho privado, sin que dejen de perder su condición de contratos estatales[13], como en el caso estudiado se itera, en donde el artículo 16 del Decreto 1876 de 1994 concordante con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 determinan que a partir de la creación de una Empresa Social del Estado, se aplicaran en principio, en materia de contratación, las normas de derecho privado[14].

Sin embargo, de conformidad con el Estatuto Contractual[15], también las entidades territoriales, como lo es el Centro de Salud de Zetaquira, se deben regir por lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia[16], el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y las Leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011, y los Decretos 1510 de 2013, 1082 de 2015 *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional."*

Dicho lo anterior, se tiene que el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011[17] estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado deberán adoptar un Estatuto de Contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio respectivo. Por ello, con la Resolución 5185 del 4 de diciembre de 2013, el Ministerio de Salud y Protección Social, fijó los lineamientos para que

---

[12] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente (e) : HERNÁN ANDRADE RINCÓN Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil catorce (2014) RADICACIÓN: 29851 EXPEDIENTE: 25000232600020010147701

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de agosto de 1998, expediente 14202 CP Juan de Dios Montes Hernández

[14] sometidas al Régimen Jurídico Previsto en el capítulo, III, Título II del Libro II de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones contenidas en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y demás normas concordantes

[15] Artículo 2 de la Ley 80 de 1993

[16] Artículo 209. Principios de la función pública

[17] "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

las Empresas Sociales del Estado adopten el Estatuto de Contratación que regirá su actividad contractual.

2.2. Del Perfeccionamiento y celebración del Contrato

En lo que nos interesa, se dirá que, el perfeccionamiento y la celebración de todos los contratos estatales son materias que se encuentran reguladas de manera precisa, expresa y especial en los artículos 39 y 41 de la Ley 80, por lo que se dirá desde ya que, son ellas las que determinan la exigencia de la solemnidad del escrito como elemento de la existencia del negocio jurídico o mejor, del contrato estatal.

El artículo 39 citado dispone:

> *"De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.*

A su turno, el inciso primero del artículo 41 *ibídem*, establece que:

> *"los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito." (resaltado fuera de texto)*

Así entonces, pasamos a hablar de la existencia del contrato, el cual solo lo será cuando cumple con los requisitos generales de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas (partes, objeto, causa, consentimiento, capacidad y competencia); y cuando cumple los específicos relativos a cada contrato en particular, esto es, cuando recorre su definición legal y, por tanto, concurren sus elementos esenciales, o sea sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y, además, cuando se exija, las formas exigidas para consignar o manifestar el acuerdo de voluntades, sin

perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución[18].

Nótese que la regla general e imperativa es que los contratos que celebren las entidades estatales para que nazcan a la vida jurídica "constarán por escrito", es decir, en este ámbito reina la solemnidad constitutiva, en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el *"solus consensus obligat".*[19] Dicho de otra manera, no se concibe la contratación pública de manera verbal, pues requiere de formalidades plenas.

Postura que también ha sido convalidada por la doctrina:

> *"... El contrato Estatal es solemne en cuanto la manifestación de voluntad es ineficaz si no se expresa bajo la forma ad solemnitatem o ad substantian actus. Se trata entonces, de un requisito de la existencia del contrato cuya omisión impide el nacimiento de cualquier efecto contractual (art. 1500 CC)"*[20]

Para mayor claridad sobre el requisito respecto a la forma de los contratos estatales, basados en la doctrina y en la jurisprudencia se tiene que:

> *" En Colombia el artículo 1618 del CC parte del elemento de la intención de las partes. El Consejo de Estado interpreta el contrato estatal con miras a desentrañar la voluntad de las partes. En los términos "intención" y "voluntad" están implícitos la discrecionalidad y el arbitrio, que determinan el concepto nuclear del sistema de los contratos privados; esto es, el de autonomía de los particulares como configuración propia de sus relaciones jurídicas en la vida jurídica. A la administración pública no le corresponde una autonomía en el sentido de auto determinación de la voluntad de los particulares. El Estado está constitucional y legalmente constituido. El Estado sólo puede obrar o proceder con base en competencias y facultades de actuación que están fundamentadas en la Constitución y en la ley. Por consiguiente (...) y el artículo 1618 del CC (en Colombia) no son aplicables a los contratos estatales y no se puede recurrir a ellos para interpretar los mencionados contratos estatales."*[21]

Y de la forma escrita en los contratos estatales de derecho privado se ha dicho:

---

[18] Tomado de clase magistral FORMA, EXISTENCIA, VALIDEZ, CONTENIDO, EJECUCIÓN, TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL ÁLVARO NAMÉN VARGAS 2015
[19] *ibidem*
[20] Pág. 534.Regimen Jurídico de la contratación estatal, Luis Guillermo Dávila Vinueza.Tercera Edición 2016
[21] Pág. 103-105 Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia

> *" Como se indicó arriba, el titular administrativo, al celebrar contratos estatales de derecho privado, tiene un margen de discrecionalidad sobre la decisión de "si" el contrato debe ser celebrado en forma escrita. Aun cuando no puede ser aceptada la existencia de una obligación general, ni de derecho constitucional ni de derecho legal, de consignar por escrito los contratos estatales de derecho privado y aunque se admita que la decisión de la administración sobre el "si" de la forma escrita de los contratos es discrecional se puede, sin embargo, plantear la inquietud de si en los casos concretos se considera que la forma escrita es la única alternativa de elección posible de la administración.*
>
> *...*
>
> *En Colombia aquellos contratos estatales que por estar exceptuados de la aplicación del Estatuto General de Contratación y por aplicárseles sólo las leves civiles v comerciales (por ejemplo en virtud del art. 03 de la Ley 1474 del 201), son en principio consensuales. En estos contratos la decisión sobre el 'si" de la forma escrita está en la discrecionalidad de la entidad estatal. A pesar de ser en principio contratos consensuales, por su gran complejidad (como por ejemplo, los contrates de exploración y explotación de recursos naturales [art. 76 de la ley So (sic) de 1993]) es una exigencia del principio de Estado de derecho: para aumentar el grado de previsibilidad, de calculabilidad, de controlabilidad v de interpretabilidad de los contratos, que la discrecionalidad de la entidad estatal se reduzca a una sola alternativa de decisión jurídicamente posible: que sean celebrados por escrito."[22] (subraya fuera de texto)*

A lo sumo, el Estado sólo puede obrar o proceder con base en competencias y facultades de actuación que están fundamentadas en la Constitución y en la ley y por ende su discrecionalidad no va más allá del atacamiento en las finalidades que el legislador persigue con el requisito de forma escrita, la autovinculación de la administración y el principio de Estado.

2.3. Contratos sin formalidades plenas[23]

No obstaste, lo hasta dicho, a la regla general, le surge una excepción, esto es, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) el cual contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas, y es cuando su valor se halle dentro de los rangos

---

[22] Pág. 121-122 Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia.

[23] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA., tres (3) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140)

previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas.

El contrato sin formalidades plenas tiene fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen la función administrativa y la actividad contractual del Estado, permitiendo escoger al contratista de manera rápida y eficaz, mediante un procedimiento sucinto, con un mínimo de exigencias formales y teniendo en consideración únicamente los precios del mercado, todo lo cual tiene por objeto satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y obras y la adquisición de bienes hasta por las cuantías previstas en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, pues la finalidad de esta modalidad de contratación es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades más recurrentes que se generan día tras día.

Así, los contratos sin formalidades plenas no revisten la exigencia *ad solemnitatem* prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de los intervinientes en el *iter contractus*, sin que se requiera que el acuerdo conste en un escrito, que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994, contrario a lo que sucede en los contratos estatales con formalidades plenas; no obstante, se trata de verdaderos contratos estatales, a los cuales les son aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por expresa disposición del artículo 13 *ibídem*, las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

Desde el punto de vista estrictamente formal, lo único que exige el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 es que las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato sean ordenados, previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, precisando el objeto del contrato y la contraprestación, aunque, pueden contener otro tipo de estipulaciones que las entidades consideren necesarias de acuerdo con la ley; empero, dicha orden no constituye propiamente el contrato, pues para que éste se perfeccione se

requiere de un elemento fundamental, esto es, el consentimiento del destinatario de la orden.

Por lo anterior, la orden escrita impartida por el jefe de la entidad constituye la exteriorización del acto volitivo de la administración pública y, por lo mismo, tiene la connotación de una verdadera oferta, dirigida a una persona determinada, que se ajusta exactamente a las exigencias contempladas por el artículo 845 del C. de Co., en la medida en que contiene no sólo la manifestación clara e inequívoca de la entidad de obligarse a través de un acto contractual, sino que comprende, además, el proyecto del negocio que se cierne, con la previsión de los elementos esenciales y el precio que se ofrece pagar como contraprestación, de modo que, para perfeccionarlo, sólo basta que el destinatario preste su consentimiento aceptando la oferta, bien de manera expresa, a través de la suscripción de la orden o bien mediante un escrito aparte, en el cual manifieste de manera incondicional la voluntad de ejecutar el contrato a cambio del precio indicado en la orden, o bien de manera tácita, exteriorizada a través de actos o hechos irrefutables e inequívocos de ejecución del contrato propuesto, tal como lo prevé el artículo 854 ibídem, de tal suerte que, una vez se produzca el concurso real de voluntades de la administración y del destinatario de la orden, surge a la vida jurídica el contrato sin formalidades plenas, incluso, como puede verse, sin necesidad de la firma del contratista.

En relación con esto último, recuérdese que, según el primer inciso del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, el contrato con formalidades plenas implica, entre otras cosas, *"la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes"*, al paso que, conforme al segundo inciso de dicho artículo, el contrato sin formalidades plenas requiere que sea ordenado *"previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación"*, sin que se exija la firma del contratista, formalidad esta última de la que, bien puede prescindirse en las voces del mismo artículo.

Se sigue de lo anterior que el destinatario de la orden puede rechazarla válidamente, bien sea de manera expresa mediante la manifestación de la

voluntad en tal sentido, o de manera tácita, como, por ejemplo, cuando guarda silencio y se abstiene de ejecutar el objeto contractual definido en la orden.

Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, como se dijo, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012.

No obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas.

2.4. Prohibición de la prórroga automática en los contratos de arrendamiento.

Sobre este aspecto, se dirá que la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que:

> *"... el contrato de arrendamiento estatal no tiene lugar la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil. En orden de mayor jerarquía, esta Subsección ha advertido que las referidas disposiciones no resultan aplicables en el contrato de arrendamiento estatal en la medida en que darían lugar un derecho de permanencia indefinida de la relación contractual, más allá de lo que se puede prever en esta clase de contratos estatales, en contravía de las exigencias de igualdad, moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función administrativa consagrada en el orden constitucional (artículo 209 C.P.) e igualmente, se ha llegado a dicha conclusión teniendo en cuenta que este tipo de cláusulas del derecho común se apartan de*

los principios y fines de la contratación estatal, desarrollados en la Ley 80 expedida en 1993, entre otros, el deber de planeación, establecido en el referido régimen de contratación.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que la situación de hecho creada por la continuidad en la ejecución del contrato de arrendamiento una vez vencido el término, no tiene la idoneidad de configurar el contrato de arrendamiento estatal, por razón de la carencia del documento escrito ***que se exige como formalidad esencial del contrato estatal de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.***

(…)"

…al punto que en la normativa vigente es claro que como regla general el contrato estatal no existe si no consta por escrito, tal como lo ha establecido reiteradamente el Consejo de Estado: "La Sala, en jurisprudencia que hoy reitera, ha determinado que la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico-contractual de carácter estatal constituye requisito ad substantiam actus, lo cual imposibilita acreditar la existencia misma del contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal; en otras palabras, para acreditar la existencia del contrato se requiere del documento escrito debidamente suscrito por las partes, aportado en la forma prevista por la ley procesal, para que el mismo preste mérito probatorio, aserto que encuentra sólido apoyo en el ordenamiento positivo según lo evidencia el texto del artículo 187 del C. de P. C.".

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que frente a la exigencia del contrato estatal escrito no es viable la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, es decir la renovación tácita del contrato de arrendamiento, como se lee en la sentencia de 28 de febrero de 2011, (Expediente 28.281) : "Igualmente, tampoco puede ser de recibo la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, para entender que los contratos de arrendamiento fueron renovados al recibir con beneplácito la Aeronáutica Civil los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento durante estos años posteriores al vencimiento de los mismos, dado que las normas del Código Civil sólo resultan aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados por la Administración en aquellos aspectos no regulados por el Decreto 222 de 1983. Así, como la renovación del contrato de arrendamiento implica uno nuevo, a la luz de los artículos 156 y 157 del citado estatuto contractual, requiere para su existencia de su celebración por escrito en donde conste la manifestación expresa de las partes, lo cual en el caso concreto no ocurrió.

Dicho de otro modo, en la contratación pública en vigencia del Decreto 222 de 1983 y por su carácter solemne, en el que se requiere la formalidad escrituraria para la existencia y nacimiento de los contratos de arrendamiento, no es posible la configuración de la renovación o tácita reconducción de estos negocios jurídicos de que trata el artículo 2014 del Código Civil." Igualmente, el Consejo de Estado se ocupó de precisar que el contrato de arrendamiento se extingue por el vencimiento del plazo pactado y su vigencia no se extiende por el hecho de que el arrendatario continúe con el uso del inmueble arrendado: "El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la

obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo). …

Así las cosas, descendiendo a los contratos de arrendamiento de locales comerciales de propiedad del Estado, la entidad estatal no puede pactar, ni se le puede imponer, una renovación obligatoria, irrevocable e indefinida a favor del arrendatario particular, puesto que ello configuraría una situación legal de permanencia más allá del término del contrato estatal, que se opone a la planeación de la gestión pública sobre los bienes que constituyen un recurso económico, a organizar, para lograr la ejecución de los planes por principio definidos en interés general." (Subrayado fuera de texto)

En conclusión, el contrato de arrendamiento, cuando se constituye como un contrato estatal, no le es susceptible la prórroga automática, ni la renovación, principalmente porque su formalidad, exige que se eleve a escrito, lo cual no le permite entender que la voluntad de las partes se extienda por otros medios legales permitidos en el derecho privado.

2.5. De lo probado en el proceso

- Con el escrito de la demanda, se aportó un documento identificado como contrato de arrendamiento suscrito el 6 de octubre de 2008, para el local ubicado en el inmueble urbano localizado en el edificio donde funciona la Empresa Social del Estado de Zetaquira, Carrera 4ª No. 3-07, y cuya utilización sería para el suministro de medicamento.

Se indica que el arrendador es, la Empresa Social del Estado, Centro de Salud de Zetaquira y como arrendatario: Distrimeq Ltda; con valor de $ 220.000 mensuales como canon de arrendamiento, y el término de duración, sería del 6 de octubre de 2008 al 31 de marzo del 2009.

Sin embargo, la suscripción del mismo, solo fue surtido por el Gerente de la ESE centro de Salud de Zetaquira, el señor, Lenin Mosquera Camargo; mientras que de la otra parte interviniente, Distrimeq Ltda, no se reporta firma alguna (fl.18-20).

- Obra "*acta de entrega de elementos de oficina de la farmacia por parte de Claudia Mendoza a Lidia Yeneth Zorro para hacer parte del contrato de arrendamiento*", el cual se suscribió el 4 de octubre de 2008. El documento contiene firma de las señoras antes mencionada, del gerente de la ESE, pero se mantiene en blanco el espacio reservado para la firma del representante de Distrimeq (fl. 21).

- Igualmente, se suscribió "*Acta de entrega de medicamentos bajo inventario, de la farmacia por parte de Claudia Mendoza a Lidia Yeneth Zorro*", el 4 de octubre de 2008, lo anterior *"para hacer entrega de los medicamentos existentes en la farmacia*" (fl. 22-26).

- El 1 de abril de 2002, el gerente de la ESE Centro de Salud de Zetaquira, se dirigió mediante comunicado a Distrimeq Ltda con el fin de enviar factura original No. 012012 del 2012, y de igual forma, se le solicita sea devuelto el contrato de arrendamiento original enviado desde junio de 2011, cuyo término de duración era del 1 de junio de 2011 al 31 de marzo de 2012 (fl. 27).

- La Empresa Social del Estado, Centro de Salud de Zetaquira, emitió cuentas de cobro a Distrimeq, por concepto de medicamentos recibidos como inventario inicial a precio de costo, según contrato concertado que se incluía para ser cancelado dentro del año fiscal 2008 (fl. 36), y por concepto de arrendamiento del local con dotación correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2012 (fl. 37).

- Copia de comprobante de egreso del 25 de febrero de 2009, dirigido a ESE Centro de Salud de Zetaquira, con descripción de pago: *"CANCELACION CANNON(SIC) DE ARRENDAMIENTO LOCAL (ILEGIBLE)... ATENCION USUARIOS CAPRECOM DURANTE EL MES DE OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE 2008. CANCELACION CUENTA DE COBRO POR INVENTARIO RECIBIDO SEGÚN RELACION ADJUNTA"*, por valor de arriendo la suma de $660.000 y por inventario, la suma de $2.920.000 (sic) (fl. 38).

- Reposan como pruebas aportadas por la parte demandada, unas facturas cambiarias de compraventa a favor de Distrimeq de suministros de

medicamentos despachados a la ESE de Zetaquira para el mes de mayo de 2009 (fl. 68-71). Valga aclarar que no contiene la aceptación de las mismas por la ESE.

- También se encuentran unas cuentas de cobro a Distrimeq por concepto de arrendamiento de local, por los meses de enero de 2014, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, julio y agosto de 2013, mayo y junio de 2013, enero, febrero, marzo y abril de 2013, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, julio y agosto de 2012,abril, mayo y junio de 2012, enero, febrero y marzo de 2012, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2011, mayo y junio de 2011, febrero, marzo y abril de 2011, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 y enero de 2011, abril de 2010, enero, febrero y marzo de 2010, diciembre de 2009, noviembre de 2009, octubre de 2009, agosto y septiembre de 2009, julio de 2009, mayo y junio de 2009, abril de 2009, marzo de 2009, enero y febrero de 2009, octubre, noviembre y diciembre de 2008 (fl.148-179). Algunas de estas cuentas de cobro tienen anotación que fueron enviadas vía fax y otras rubrica de recibido por Lidia Yaneth Zorro.

- Además obra Acta No. 1 de *"entrega de dotación e instalación física de la ESE Zetaquira"*, en el que contiene el siguiente texto:

> *" Siendo las cinco del día de febrero del año dos mil catorce se hizo entrega de local/inmueble donde funcionó hasta el día diez de febrero de dos mil catorce la farmacia de Distrimeq Ltda junto con la siguiente dotación (...)".*

Lo anterior fue suscrito por Sonia Elsy Cendales Arias, Gerente de la ESE Zetaquira y Diana Calderón, funcionaria SAF Distrimeq Zetaquiera (fl. 211).

- En audiencia de pruebas, se recepcionaron como testimonios los siguientes:

> .- María Claudia Mendoza Galindo, en condición de trabajadora de la ESE como regente de farmacia y auxiliar de enfermería: Min 12:51 a Min 27:00.

- Lidia Yaneth Zorro Alonso, en calidad de empleada de Min: 28:44 a Min: 47:51.

2.6. CASO EN CONCRETO

Sea lo primero observar que para que proceda la declaratoria de existencia del negocio jurídico o mejor aún del Contrato Estatal, supone que las partes en la práctica hayan recorrido la definición del tipo negocial, esto es, que la conducta por ellas observada encuadre dentro de la categoría o tipo contractual que aspiraron realizar.

En el caso concreto habrá de señalarse desde ya que no se observan los elementos requeridos para concretar la existencia y por ende, la eficacia del contrato de arrendamiento que predica el demandante le sea reconocido y de paso indemnizado por parte de la administración.

Dicho de otra manera, si bien es sabido que el contrato de arrendamiento se concreta mediante la modalidad de contratación directa[24], la cual fue diseñada para los casos en que no se requiera la convocatoria pública, ello no quiere decir que se trata de una liberalidad de la administración, pues debe constar un estudio previo que indique las condiciones o necesidades de la contratación, lo cual brilla por su ausencia en el *sub lite.*

De tal suerte, no se puede afirmar que existieran conductas previas de las partes intervinientes que permitan inferir la concertación de un tipo negocial, como lo es el contrato de arrendamiento, *verbi gracia*, no aparecen conversaciones preliminares y concurrentes que concluyan en la participación

---

[24] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

...

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

...

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

de la contratación directa, como modalidad de contratación, por ser participe una entidad estatal, al cual le es obligante el régimen de la contratación estatal, independiente que la naturaleza jurídica del contrato, sea de naturaleza privada, sea de naturaleza pública.

Así entonces, solo se parte en el *sub lite* de un documento, denominado contrato de arrendamiento que data del 6 de octubre de 2008 (fl.18-20). Como puede advertirse, compareció para la firma el representante legal de la ESE Centro de Salud de Zetaquira, en calidad de arrendador, quedando en blanco el espacio reservado para la firma del representante del Distrimeq Ltda, supuestamente en calidad de arrendatario.

Como quedó dicho en el acápite normativo y jurisprudencial, el cumplimiento de la forma escrita del contrato era un requisito de necesaria observancia por parte de los interesados en la celebración del contrato, exigencia ésta que se requiere por mandato legal para las entidades estatales, como lo es la E.S.E Centro de Salud de Zetaquira y sin la cual no puede afirmarse que el negocio jurídico exista en el mundo jurídico y como consecuencia, genere el objetivo consignado, ello, se itera, con independencia de la normatividad sustancial de la causal contractual, es decir, del contrato de arrendamiento.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se ha pronunciado:

> *"...la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, configura ausencia del contrato, o en otros términos inexistencia del negocio jurídico, categoría ésta que se opone a la pretendida eficacia perseguida por el demandante en el presente asunto, pues se parte de la base que las disposiciones del Código Distrital, aplicables al negocio que pretendieron celebrar las partes, constituyen normas imperativas y en ellas la ausencia de suscripción por escrito del convenio, comportaban una ineficacia negocial, en el entendido de que dicha formalidad contiene la voluntad contractual de las partes y sin ella no puede hablarse, se reitera de la existencia del contrato, pues en este aspecto sabido se tiene que para las partes no opera el principio de la libertad de forma, pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en atención a que se trata de la disciplina normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas."*

En el caso en estudio, no se dieron los requisitos establecidos para la contratación directa, o por lo menos no reposan en el plenario, y por lo tanto, el

contrato de arrendamiento pretendido no se perfeccionó, y siendo así, la administración, en este caso la ESE Centro de Salud, no podía ejecutar el contrato o no podía entregar y permitir que un tercero utilizara un local de propiedad del Estado, sin los trámites necesarios para su perfeccionamiento.

Esas directrices también están trazadas de manera general en la Contratación Estatal consolidada en los manuales de contratación de la ESEs, como se puede evidenciar en la Resolución No. 09 del 15 de septiembre de 2008 expedida por el Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Zetaquira, y de donde se extrae que *"...Los contratos celebrados por la E.S.E. Centro de Salud de Zetaquira se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, se eleven a escrito y se obtenga el registro presupuestal respectivo de ser procedente"*.

Téngase en cuenta que de las probanzas allegadas se concluye que en efecto Distrimeq Ltda utilizó un local comercial ubicado en las instalaciones de la E.S.E Centro de Salud de Zetaquira, que se entregaron elementos de oficina propios de una farmacia para la distribución de medicamentos, así como fueron entregados medicamentos por empleados de la E.S.E a empleados de Distrimeq para distribución, pero ello no fue propio de la ejecución de un contrato, porque como ya que expuso, este no se celebró.

Ahora bien, no puede dejarse pasar por alto, que el *a quo* atendió a la consensualidad de la partes, para entender que debía declararse la existencia del contrato, aspecto importante que trata el código civil, es decir, que se permite por regla general que las partes puedan expresar su voluntad de cualquier manera, siendo ella la fuente directa de las obligaciones, por lo que el comportamiento de asentamiento por las partes, puede ser constitutiva de un acuerdo negocial.

Pero lo que olvida el *a quo* es que en la contratación estatal, se exige la solemnidad de elevar a escrito el contrato pues pese a que goza de autonomía ella no se puede traducir en libertad absoluta, pues es una exigencia del principio de Estado de derecho, siendo así, las conductas asumidas por las

partes de una manera diferente a la escrita, no pueden ser consideradas como válidas en un contrato de la administración, situación que nos interesa en esta controversia.

Aunado a ello, la consensualidad no es permitida en esta clase de contrato, pues como se consolido en el marco normativo, para el perfeccionamiento y celebración del contrato estatal, ya se dijo independiente que el contrato de arrendamiento de la E.S.E se rija en lo sustancial por el derecho privado, debe existir el *ad sustancias actus*, y por ende, excluye para esta justa solemnidad la aplicación de las normas del código civil y comercial, pues van en contravía a las disposiciones del artículo 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

Lo que pasa a ser estas ejecuciones por parte del demandado y de la demandante, es una verdadera falta de planeación por cada una de ellas, que permitió un ejercicio para el cumplimiento de fines estatales, inadecuado, e inaceptado, y además, no deja de ser una conducta reprochable por quien se aprovechó de la necesidad de servicio de la ESE de Zetaquira.

El máximo Órgano de lo Contencioso, sobre el principio de planeación ha considerado que:

> *"(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales. Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal."*[25]

[25] Tomado de CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2011, expediente 20739,... En otra ocasión, sostuvo: "La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de

Así entonces, no encuentra esta Corporación el elemento formal que caracteriza un contrato estatal, para poder consolidar un incumplimiento y por ende, resarcir perjuicios a título de indemnización.

Bajo esta connotación es inadmisible avalar como lo pretende el demandante, que se reconozca una relación con base en un documento sin firma, es decir, sin la voluntad de una de las partes, y que además de ello, se pretenda convalidar en el tiempo dicha obligación, pues se pretendió estipular en el documento base de la obligación como plazo, cinco (5) meses, y sin prórroga escrita alguna, se consolidará de manera automática, la cual no está permitida en nuestra legislación contractual.

Es decir, no es dable aceptar una situación prolongada en tiempo – más de cinco (5) años[27], sin que se avizore planeación por parte de la administración, y que si bien intentó subsanar las falencias, exigiendo pagos en cuentas de cobro y formalización del contrato de arrendamiento, esto no se pudo lograr y tampoco se puede hacer por este medio de control, pues sale de su órbita.

Tampoco se podrá decir, que esa clase de contratos de arrendamiento, es de aquellos denominados sin formalidades plenas, o ahora contratos de mínima cuantía, porque las características que le son propias a esta clase de modalidad no se percatan en el *sub lite,* no quedando más por decir, que la decisión de primera instancia, deberá ser revocada, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

3.- COSTAS

---

esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1° de febrero de 2012, expediente 22464,... (La cita corresponde al texto citado).

[27] Desde el 6 de octubre de 2008, fecha en que se ocupó el inmueble, hasta el 5 de febrero de 2014 (fl. 211) fecha en que formalmente se entregó dicho inmueble

Encuentra la Sala que el artículo 365 del C.G.P., en relación con la condena en costas señala:

> *"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
>
> *...*
>
> *8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
>
> *...*
>
> *9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción." (resaltado fuera de texto)*

También, el artículo 366 del CGP establece la forma en que se liquidan las costas consagrando que:

> *"Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*
>
> *1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.*
>
> *2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.*
>
> *3. **La liquidación incluirá el valor de** los honorarios de auxiliares de la justicia, **los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.***
>
> *Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos*

por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

***4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura**. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.*

***5.La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas**. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá **en el suspensivo.** ..."* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre este asunto, manifestado que el juez tiene la obligación de considerar la imposición de la condena en costas, acorde a su causación, veamos

"...Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que "se condenará en costas [...] a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]" y en el numeral 3° de la misma norma se dispone que "En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda", (...).

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "Sólo habrá

lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."(...)[28] *(Subrayas fuera de texto)*

Por último, obra a folio 252 memorial radicado por el apoderado de la entidad demandante, en el que informa que renuncia al poder conferido, debido a la terminación del contrato de prestación de servicios.

Al respecto, el artículo 76 del CGP establece que la renuncia no pone término al poder, sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

Al respecto, no reposa en el plenario, la comunicación de renuncia de poder, por lo que no cumple con la disposición de la renuncia del poder y por tanto, se aceptará de conformidad.

Así entonces, analizado el asunto, no se advierte que en el trámite aquí surtido se generaran, por lo tanto, **no se condenará a la parte vencida al pago de las mismas**.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 6 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de agosto de 2014 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandante y accedió a las pretensiones de la demanda, en su lugar se dispone:

NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

---

[28]. Consejo de Estado - Sección Primera, Sentencia del 16 de abril de 2015, Radicación: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

SEGUNDO: No se condena en costas ni agencias en derecho, es esta instancia por no encontrarse probadas.

TERCERO: No se aceptará la renuncia del poder por el momento, del abogado Santiago Alejandro Ramírez Mariño, en calidad de apoderado de la ESE Centro de Salud del Municipio de Zetaquira, como quiera que no allegó la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA
Magistrado

ANA YASMÍN TORRES TORRES
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 42 de hoy. 10 MAR 2016
EL SECRETARIO