**MERA TENENCIA – Noción /POSESIÓN – Noción**

La codificación civil, refiere que la mera tenencia, se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece y lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Así mismo, la posesión, se concibe, como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él y por ello, el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

**ACTIVIDAD COMERCIAL – Fundamento constitucional.**

Se destaca, como el artículo 333 de la Constitución Política, reconoce el derecho de libertad económica y al desarrollo de la iniciativa privada, en sus diferentes manifestaciones. Estas libertades, sin embargo, no son absolutas en el Estado de Derecho, ni existe una barrera inquebrantable a la intervención del Estado, ya que el mismo texto de la Carta admite límites a estas libertades en atención al “bien común" y al “interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*,* en los términos que señale la ley. En el caso de la libertad de empresa, la norma superior reconoce que ella tiene una función social que implica obligaciones, y para el caso de la libre competencia económica, indica que es un derecho constitucional que supone responsabilidades. En consecuencia, teniendo en cuenta objetivos de orden público, desarrollo urbano, comercial y de planeación, etc., puede el legislador válidamente exigir a los particulares licencias de funcionamiento, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, etc, para el ejercicio de las iniciativas económicas descritas.Lo anterior permite considerar que las restricciones impuestas por el legislador, con todo, deben ser proporcionales y razonables, con el objetivo de que los límites estipulados a estos derechos no signifiquen una restricción tan significativa y gravosa de los mismos, que hagan nugatoria la libre iniciativa privada reconocida por la Constitución.

**CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO – Naturaleza y régimen.**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “…Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad…”. Sobre el marco jurídico del Contrato de Arrendamiento, encuentra la Sala, que el mismo se encuentra regulado por el Código Civil, que en su artículo 1973 lo define como “…un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado…”. Las obligaciones de las partes y demás elementos del contrato se encuentran regulados por los artículos 1974 y siguientes del precitado código, disposiciones que aplican incluso al arriendo de bienes de naturaleza pública, pues así lo previó expresamente el artículo 1981, que al respecto dispuso: *(…)*De la definición legal contenida en el precitado artículo 1973 del Código Civil, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha extraído los siguientes elementos y características del contrato de arrendamiento: (…)

**CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO – Consecuencias de la extinción / CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO - No hay lugar a la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil.**

En cuanto al fenecimiento del término de vigencia previsto en el contrato, la Sala acoge el pronunciamiento de la jurisprudencia en casos similares y del cual se destaca:“(…) al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo; es decir, que aunque estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente, su cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas…”. (…) Finalmente, se señala que, en los términos de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, en los contratos de arrendamiento estatal no hay lugar a la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil.

**VÍA DE HECHO – Noción.**

En el contexto del derecho administrativo, esta figura de origen jurisprudencial francés fue expuesta por el profesorDe Laubedére, citada y comentada por Libardo Rodríguez, donde establece que la “*vía de hecho*” se presenta “cuando en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, la administración comete una irregularidad grosera, que atenta contra el derecho de propiedad o contra una libertad pública” y que la irregularidad “grosera” está dada por ser una irregularidad o ilegalidad “manifiesta” o “flagrante”, agravada o exagerada, ya porque no tenía poder para actuar o porque teniéndolo, utilizó procedimientos manifiestamente irregulares. Santofimio expresa que este concepto se ubica: “(…) en el ámbito del desconocimiento al bloque de la legalidad, producido este por la irregular, grosera, manifiesta y flagrante actuación de la administración que violenta los derechos, libertades y garantías al expedir un Acto Administrativo o en sus operaciones de cumplimiento; bien porque la administración no tenía poder para proferir el acto o desarrollar la actividad material de ejecución o porque teniendo este poder utilizó procedimientos manifiestamente irregulares, exagerados y desbordados”.La Corte Constitucional, ha venido reconociéndole entidad a la vía de hecho en el derecho colombiano, calificando como tales todas aquellas actuaciones de las autoridades que desconocen abiertamente el ordenamiento jurídico, contradiciéndolo o violando de manera ostensible los procedimientos y el debido proceso en situaciones que prácticamente rayan con la arbitrariedad; todas aquellas ostensibles violaciones al ordenamiento jurídico que, no obstante su ropaje de actos administrativos, se pueden calificar como vías de hecho, si desconocen y alteran los derechos fundamentales, sin perjuicio de pregonar que la categoría ha caído en desuso con ocasión de la superación de ese concepto en cuanto hace a las acciones de tutela contra decisiones judiciales. En cuanto a la responsabilidad correspondiente a la administración frente al administrado, por la vía de hecho, la jurisprudencia indicó, que aquella sería responsable con la sola demostración de la grosera y violenta ilegalidad provocada por la administración, siempre y cuando el afectado demostrara que existía una evidente relación de causalidad entre la vía de hecho y el daño causado.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VÍAS DE HECHO - Perturbación a la tenencia y actividad de establecimiento de comercio e incursión en vías de hecho para obtener la restitución del inmueble.**

Una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, ya que se logró demostrar la existencia de los actos de perturbación por parte del ITP, a la tenencia del bien en cabeza de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA. En efecto dirá esta instancia, que se encontró acreditado que el Instituto Termal de Paipa, en forma injustificada y dilatoria, no adelantó el proceso de restitución del bien inmueble arrendado al fenecimiento del contrato de arrendamiento, esto fue el 31 de diciembre de 2012, permitiendo adicionalmente un prórroga para el 2013, que se prolongó para los años subsiguientes y solo hasta el 01 de noviembre de 2017, impetró la acción judicial correspondiente, situación de base, que permitió a la demandante el ejercicio de la actividad comercial y tenencia del bien y a quien posterior a que cesaran los efectos de la medida sanitaria de cierre preventivo, le impidió efectiva y eficientemente el reinicio de las actividades comerciales del establecimiento denominado “plazoleta los Pinos”; conducta que por pretermitir el procedimiento legal, configuró una vía de hecho objeto de resarcimiento. (…)La Sala, reitera que, en el caso bajo estudio el reconocimiento del daño antijurídico correspondió a la imposibilidad del ejercicio de la actividad comercial y perturbación a la tenencia del inmueble que la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA ostentaba en el lapso comprendido entre el 25 de abril de 2017 y hasta el 06 de abril de 2018, por lo que, como fue indicado *ut supra*, no se encuentra coherencia la formulación de este cargo de apelación, pues el daño objeto de resarcimiento, no tuvo origen en el cierre preventivo, ni en la actuación de las autoridades sanitarias, sino en la perturbación a la tendencia en cabeza del ITP, por lo que se encuentra acertado confirmar la sentencia recurrida.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VÍAS DE HECHO – Condena en abstracto y lineamientos a tener en cuenta en el incidente a promover para su liquidación.**

Destaca la Sala que, si bien la sentencia proferida en primera instancia condenó en abstracto al ITP, el reconocimiento de los perjuicios en la modalidad de lucro cesante, al tenor del artículo 193 del CPACA, el A-quo, no preciso en la parte resolutiva los lineamientos de dicha condena, por lo tanto, esta Sala atendiendo las previsiones normativas y los criterios jurisprudenciales, modificará el numeral tercero, con el fin de incluir las bases en las que se deberá presentar la liquidación en el correspondiente incidente. Para el efecto, la solicitud y liquidación con la que se promueva el incidente de la condena en abstracto a cargo de la parte interesada, deberá tener en cuenta, lo siguiente: 1) Los soportes contables que acreditan que antes de la perturbación a la tenencia, la actividad comercial desarrollada por la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en el establecimiento, generaba rendimientos en beneficio del patrimonio a su favor; 2) La antigüedad de la actividad de comercio desarrollada en la Cafetería “*los Pinos*”, que se mantuvo ininterrumpidamente desde el año 2012 hasta la fecha en que la entidad demandada decidió impedir su continuidad, aspecto que permita concluir que, de haberse seguido desarrollando en condiciones de normalidad, generaría utilidades en cuantía más o menos similar a la que ya venía generando. 3) El promedio de lo que percibía por la actividad de comercio en la Cafetería “los Pinos”, por concepto de ganancia neta. 4) Proyección contable donde se acredite el valor de la utilidad líquida de la actividad comercial que desarrollaba la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en el establecimiento Cafetería *“los Pinos”,* entre el lapso del 25 de abril de 2017 y hasta el 06 de abril de 2018, tomando como base las declaraciones de renta de los años anteriores. 5) La suma que resulte y que corresponde al lucro cesante, deberá ser indexada mes a mes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, utilizando la fórmula matemática aceptada por el Consejo de Estado.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=152383333001201900102021500123 |



***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:** | REPARACIÓN DIRECTA |
| **RADICADO:** | 152383333001-2019-00102-02 |
| **DEMANDANTE:** | ANA CELINDA ÁVILA FONSECA |
| **DEMANDADO:** | MUNICIPIO DE PAIPA – INSTITUTO TERMAL DE PAIPA |
| **TEMA:** | VÍA DE HECHO- PERTURBACIÓN IRREGULAR DE LA TENENCIA |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-

INSTITUTO TERMAL DE PAIPA, contra la sentencia proferida el 31 de enero 2022 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

# Declaraciones y condenas[[1]](#footnote-1)

1. La señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, a través de apoderado judicial, radicó demanda de reparación directa, contra el MUNICIPIO DE PAIPA y el INSTITUTO TERMAL DE PAIPA (antes Instituto de Turismo de Paipa), con el fin que se declaren administrativa y patrimonialmente responsables, por los perjuicios ocasionados con la operación administrativa que se materializó con la vía de hecho (Sic), consistente en impedir irregularmente el ingreso al establecimiento de comercio denominado “plazoleta los pinos”, ubicado en el parque acuático, kilómetro 4, vía al pantano de Vargas del Municipio de Paipa.

1. Como consecuencia de lo anterior, pidió:

* 1. Que se les condene a pagar la indemnización por lucro cesante, correspondiente al valor aproximado de los rendimientos que la demandante dejó de percibir desde el mes de abril de 2017, y por tres años más, estimado en la suma de $134.212.000.

* 1. Que se condene a pagar los intereses legales previstos por el art. 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, a partir del día en que se configuró la responsabilidad (28 de abril de 2017) y hasta la fecha en que se realice el pago total.

* 1. Finalmente, que las sumas sean indexadas de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA y de la condena en costas.

**Fundamentos fácticos:**

1. Refirió que el 19 de mayo de 2012, se suscribió entre el ITP y la demandante, el contrato de arrendamiento No. 003 de 2012, a través del cual, la entidad concedió a esta última, el uso de un local comercial - Plazoleta LOS PINOS, ubicada en las instalaciones del parque acuático, junto con el área cercana al tobogán y el inventario anexo, destinado a la prestación del servicio de frutería, cafetería, heladería y comidas rápidas.

1. Señaló, que el mencionado contrato fue modificado a través de OTRO SÍ, firmado por ambas partes, con el fin de extender el término de duración hasta el 31 de diciembre de 2013.

1. Conforme a la anterior, destacó que la demandante hizo uso tranquilo del local comercial desde la fecha de suscripción del contrato (19-05-2012), hasta el día 04 de abril de 2016, sin que la entidad arrendadora le requiriera con propósito de no continuar con el arrendamiento, y/o le notificara alguna decisión en ese sentido, por lo que, en el lapso señalado el uso del local se desarrolló conforme a lo convenido y la arrendataria canceló oportunamente los cánones.

1. Indicó que, el 04 de abril de 2016, el ITP, citó a la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, a audiencia de liquidación bilateral del contrato No. 003 de 2012, misma que se llevaría a cabo el 12 de abril siguiente, sin que se hubiera llegado a ningún acuerdo entre las partes, por lo que el 23 de mayo de 2012, la entidad profirió resolución de liquidación unilateral del contrato, en contra de la cual se interpuso el recurso de reposición, mismo que a la postre fue declarado improcedente.

1. Arguyó que el 05 de enero de 2017, el ITP solicitó a la Secretaría de Salud del Municipio de Paipa, *la realización de una visita técnica a los establecimientos,* por lo que al día siguiente, dicha dependencia llevó a cabo una visita a los establecimientos denominados *“Plazoleta LOS PINOS, Plazoleta PARQUE ACUÁTICO, ROMERO COFEE TIME, y Cafetería SEGUNDO PISO, remitiendo los hallazgos a la Secretaría de Gobierno Municipal, junto con la recomendación de adoptar medida de CIERRE PREVENTIVO de los dos primeros, por “riesgo de salud pública a los visitantes del parque acuático”* y también se indicó que la medida debía perdurar indefinidamente hasta que la Secretaría de Salud Departamental avalara el funcionamiento de los establecimientos de venta, manipulación y expendio de alimentos afectados con ella*.*

1. Destacó que sin agotar el procedimiento administrativo correspondiente (Sic), mediante auto del 06 de enero de 2017, la Secretaría de Gobierno comisionó a la Inspección de Policía Municipal, para realizar el acompañamiento de cierre y elaboración de acta de cierre,con presencia de la Inspección de Policía de Paipa, la Secretaría de Salud y el comandante de la Estación de Policía y sin mediar ningún proceso administrativo en cualquiera de las dependencias que participaron, y sin garantizar el derecho de defensa y contradicción de la demandante, se impuso la medida de sellamiento preventivo con base en la sola recomendación emitida por el Secretario de Salud.

1. Manifestó que la arrendataria cumplió con las observaciones efectuadas por la Secretaría de Salud de Paipa; y, el día 21 de abril de 2017, la dependencia de salud departamental llevó a cabo una inspección sanitaria a la Plazoleta LOS PINOS, en la que viabilizó el levantamiento de la medida de sellamiento, por encontrar satisfecho el 95.5% de los requerimientos.

1. Enfatizó que el 24 de abril de 2017, se presentó por parte de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, ante el ITP, solicitud de reapertura del local comercial, misma que fue respondida por la entidad el 28 del mismo mes y año, informando que no ostentaba ningún vínculo de carácter contractual con el Instituto de Turismo de Paipa, por lo tanto, no era procedente jurídicamente reconocer su calidad de arrendataria y a partir de esta fecha, los funcionarios de la entidad impidieron verbalmente (sic) el ingreso de la arrendataria (hoy demandante) al establecimiento de comercio denominado PLAZOLETA LOS PINOS.

1. Resaltó que el ITP, amparándose en la resolución de liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, ordenó retirar la mercancía almacenada en el local, desocuparlo y prohibir el ingreso de la demandante, con el propósito de lograr la restitución del bien arrendado, pretermitiendo agotar el trámite judicial correspondiente, conducta que configura la vía de hecho de la que manan los perjuicios reclamados.

1. Finalmente señaló que, hasta el mes de noviembre de 2017, el ITP formuló demanda de restitución del bien arrendado, cuando la señora CELINDA ÁVILA ya había sido desprendida de la tenencia y uso del local comercial, en virtud de la prohibición de ingreso.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

# Instituto Termal de Paipa[[2]](#footnote-2)

1. Mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, por no haber existido con la operación administrativa y/o vía de hecho alegada por la parte demandante, resaltando que al vencimiento del término de duración del contrato de arrendamiento, la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, había seguido usando el bien de manera abusiva y sin el consentimiento del arrendador, por lo que con dicha conducta, se generó la liquidación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, debidamente notificado a la interesada, sin cuestionamiento alguno y pese a ello, se obtuvo negativa en la entrega del inmueble, por lo que se dio inicio a la restitución del mismo, mediante proceso judicial.

1. Acotó que contra el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente a la recurrente; y que, pese a haber agotado la conciliación extrajudicial, la aquí demandante se había abstenido de promover la acción judicial correspondiente.

1. Indicó que en efecto, se le dio respuesta desfavorable referente a la solicitud, que más que esto, por su redacción pareciera una orden de AVILA FONSECA referente a la continuidad de ejercer actos comerciales en el inmueble que había sido objeto de arrendamiento, sin embargo, la prohibición se generó en lo referente al ingreso de mobiliario y mercancía pues a pesar de haberse extinguido el contrato de arrendamiento a la arrendataria jamás se le negó el ingreso como tal, hasta tanto no se resolviera el proceso de restitución de inmueble arrendado.

1. Arguyó que el instituto se amparó en el acto administrativo que goza de toda legalidad para determinar la inexistencia de relación contractual alguna derivada de un contrato ya fenecido; sin embargo destacó que es completamente falso que se haya retirado tanto la mercancía como mobiliario, pues probatoriamente la mercancía que estaba en descomposición fue objeto tanto de decomiso como de destrucción, conforme la orden impartida por las autoridades de salud intervinientes, y parte del mobiliario fue entregado a los proveedores, conforme se demuestra con la autorización emitida por la demandante, situación esta que se demostrara en el plenario, configurándose así una falsedad expresada en la cual, se denota a toda costa la finalidad de hacer incurrir en error a esta judicatura.

1. Formuló como excepciones de mérito, las que denominó *“Indebida escogencia de la acción-Responsabilidad o hechos de terceros ajenos al* ***ITP****Inexistencia de vínculo contractual entre los extremos de litigio-Inexistencia de solemnidad que configure relación contractual entre los extremos del litigio-Culpa exclusiva de la demandante-Mala fe por parte de la accionante, al pretender reclamar el pago de perjuicios derivados de una relación contractual inexistente y Excepción genérica”.*

1. Y como excepciones previas, las siguientes “*Caducidad- Falta de legitimación por pasiva materia-Intervención directa de la accionante por falta de previsión en la ejecución de sus negocios e incumplimiento de los términos pactados de duración del contrato de arrendamiento o saneamiento del mismo y pleito pendiente”.*

# Municipio de Paipa3

1. A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que con los hechos difusos e indeterminados en el tiempo se pretende la declaratoria de responsabilidad de la entidad municipal, tomando como fundamento una presunta prórroga de su derecho de tenencia sobre el inmueble que le fuera dado en arrendamiento por el Instituto de Turismo de Paipa y, que, de conformidad con el estatuto de contratación pública, este finiquitó el día 31 de diciembre de 2013.

1. Se refirió a cada uno de los hechos planteados por la parte demandante, para destacar que o el ITP emitió una respuesta en la que no reconoció ningún vínculo contractual vigente con la señora ANA CELINDA ÁVILA, dada la terminación y liquidación del contrato de arrendamiento, pero negó que se le hubiesen causado perjuicios derivados del mismo.

1. Arguyó que el presunto daño antijurídico que alega la parte demandante, fue con ocasión de los actos o actuaciones administrativas desplegadas por el Instituto de Turismo de Paipa, actos o actuaciones administrativas que entre otras cosas no precisa ni ubica en el tiempo, y que habrá de suponer que hacen referencia al acta de liquidación Unilateral del Contrato de Arrendamiento No. 003 de 2013, de fecha el 23 de mayo de 2016, así como al Auto calendado el 06 de enero de 2017, proferido por la Secretaría General y de Gobierno, dentro de la diligencia efectuada en la misma fecha, por lo que si atiende a lo establecido en el numeral 2°, literal i) del artículo 164 del CPACA, ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control invocado, dado que su solicitud de conciliación prejudicial fue radicada posterior a los dos años que tenía de plazo para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Conforme a lo anterior, formuló como excepciones previas, las siguientes

“*Caducidad de la acción - Falta de legitimación en la causa por pasiva”.*

1. Y formulo como excepciones de mérito, las que denominó *“Culpa exclusiva de la víctima- Ausencia de nexo causal entre el presunto daño antijurídico y la medida preventiva de cierre preventivo y la genérica que consagra el artículo 282 del CGP”.*

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA4

**24.** El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida el 31 de enero de 2022, resolvió:

***“PRIMERO. - DECLARAR*** *probada de oficio la excepción de mérito de “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL PRESUNTO DAÑO ANTIJURÍDICO*

*Y LA MEDIDA PREVENTIVA DE CIERRE PREVENTIVO”, planteada por el*

*3 35.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (238-252).PDF*

*414\_152383333001201900102001sentenciadepr20220131094011\_TC133047943648365220.pdf*

*Municipio de Paipa, corolario de lo cual, no se le declara administrativa ni patrimonialmente responsable por el daño causado a la demandante.*

***SEGUNDO. – DECLARAR******al INSTITUTO TERMAL DE PAIPA*** *(antes Instituto de Turismo de Paipa), administrativa y patrimonialmente responsable por los* ***perjuicios ocasionados*** *a la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en virtud de la ejecución* ***de la vía de hecho*** *que condujo a la perturbación irregular de la tenencia del establecimiento de comercio denominado “****Plazoleta o Cafetería Los Pinos”.***

***TERCERO.*** *– Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR en abstracto al* ***INSTITUTO TERMAL DE PAIPA*** *(antes Instituto de Turismo de Paipa) a pagar a favor de la señora* ***ANA CELINDA ÁVILA FONSECA****, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, el valor de la utilidad líquida que dejó de percibir y que hubiese percibido* ***por el normal desarrollo de su actividad comercial en el establecimiento de comercio denominado “Plazoleta o Cafetería Los Pinos”, en el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2017 y el 06 de abril de 2018;*** *efecto para el cual, deberá promover el incidente de liquidación en los términos del artículo 193 del CPACA.*

*La suma que se determine deberá ser indexada mes a mes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, utilizando la fórmula V=VH\*IF/II, en donde V es el valor indexado, VH corresponde al valor dejado de percibir en cada mes, IF corresponde al índice de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, e II corresponde al IPC vigente en el mes en que se calculó la utilidad.*

***CUARTO. – NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO.*** *- Sin condena en costas.*

***SÉXTO.*** *- Para el cumplimiento de la sentencia se observará lo dispuesto específicamente en ella en armonía con las previsiones contendidas en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA. SÉPTIMO. - En firme esta providencia, la parte demandante deberá promover el incidente de liquidación en los términos del art. 193 del CPACA, aportando y/o solicitando, además, las pruebas que pretenda hacer valer, con el fin de sustentar sus cálculos.*

*(…)”.*

1. Para adoptar esta determinación, el juez de primera instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado y la estructura de la misma a nivel general, considerando que el daño reclamado por la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, cumple los requisitos para ser reparado por la vía judicial.

1. Refirió que estaba cumplido el requisito de certeza del perjuicio sufrido, amén que la demandante logró demostrar, que el entorpecimiento y/o prohibición del ejercicio de su actividad comercial condujo a la cesación del ingreso y/o renta productiva, derivada de la comercialización de productos alimenticios en el local cuya tenencia le había sido entregada para tal fin desde el año 2012. Esto, hasta el punto de generar la pérdida de mercancías y el detrimento de bienes y enseres que finalmente conllevó a la adopción de la medida sanitaria de decomiso por parte de la Secretaría de Salud del municipio de Paipa, mediante las Resoluciones No. 622 del 14 de diciembre de 2017 y 009 del 11 de enero de 2018*.*
2. Sin embargo, para el Juzgado, encontró suficientemente demostrado que el Instituto de Turismo de Paipa, en su legítima intención de recuperar la tenencia del local comercial, omitió su obligación de acudir al Juez natural a través del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, conducta con la que se vulneró el derecho al debido proceso de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, y se configuró la vía de hecho de la que emana la falla en el servicio fundante de la obligación indemnizatoria de la Administración; porque el contrato de arrendamiento fue suscrito por dichas partes y en virtud de ello se ejercieron actividades productivas en el establecimiento de comercio que se denominaba “*Plazoleta (o Cafetería) los Pinos*, el cual expiró el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que surgió, en cabeza de la arrendataria, la obligación de restituir el bien arrendado, y el consecuencial derecho de acción de la entidad arrendadora, de exigir judicialmente el cumplimiento.

1. Para el despacho a quo , ante la pasividad y complacencia del ITP, la arrendataria continuó ejerciendo la tenencia pacífica del bien, explotándolo comercialmente, hasta el día 06 de enero de 2017, fecha en la que, por solicitud del arrendador, se llevó a cabo la diligencia de aplicación de la medida sanitaria, y pese a que el ITP había promovido el trámite administrativo tendiente a la liquidación bilateral del contrato de arrendamiento, motivado por la intención de recuperar el uso del bien arrendado, ante el vencimiento del término de duración pactado, y la improcedencia de aplicar las figuras jurídicas de prórroga y/o renovación automática, se había generado una situación de extensión irregular de la tenencia, pero que la demandante, se abstuvo de consentir.

1. Argumentó, además, en su decisión, que el ITP estaba en el derecho y la obligación de promover el proceso de restitución del bien arrendado, alegando cualquiera de las causales previstas por el ordenamiento civil y comercial, incluso, el vencimiento del término de duración y mientras que no obtuviera una decisión judicial favorable no podía perturbar, impedir, restringir u obstaculizar, el uso y goce del bien, pretermitiendo el proceso judicial correspondiente, máxime si se tenía en cuenta que a la fecha imposición de la medida sanitaria y hasta el 31 de marzo de 2017, la arrendataria se encontraba a paz y salvo por concepto de pago del canon mensual de arrendamiento.

1. Pero, no, omitió acudir a la jurisdicción el ITP, procediendo a la liquidación unilateral del contrato, ordenando a la arrendataria la entrega en un plazo máximo de 5 días, conducta que le estaba vedada por carecer de regulación en el CPACA. Así que, consideró que el ITP, motu proprio y sin tener facultades para ello, entre el día 25 de abril de 2017 y hasta el día 06 de abril de 2018, desplegó una conducta manifiestamente encaminada a perturbar la tenencia que ejercía la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA sobre el local comercial donde funcionaba el establecimiento denominado “*Plazoleta o Cafetería Los Pinos”,* impidiendo, efectivamente, el desarrollo de la actividad productiva con el fin de lograr su restitución, sin haber agotado el procedimiento legalmente establecido; situación que además de ser contraria a la ley, vulneró el derecho al debido proceso que le asistía a la arrendataria.
2. Por ello, condenó en abstracto al ITP a pagar a favor de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, el valor de la utilidad líquida que dejó de percibir y que hubiese percibido por el normal desarrollo de su actividad comercial en el establecimiento de comercio denominado “Plazoleta o Cafetería Los Pinos”, **en el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2017 y el 06 de abril de 2018**; efecto para el cual, deberá promover el incidente de liquidación en los términos del artículo 193 del CPACA.

**RECURSO DE APELACIÓN5.**

1. La apoderada del **INSTITUTO TERMAL DE PAIPA**, solicitó se revoque parcialmente la sentencia proferida el 31 de enero de 2022, emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama y en su lugar se nieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda, por considerar que se configuró i) Ausencia de Nexo causal entre el presunto daño antijurídico y la medida de cierre preventivo y ii) La inexistencia de vínculo contractual entre los extremos en litigio.
2. Consideró que el ITP, no fue el generador del daño alegado, como tampoco del cierre preventivo del establecimiento de comercio, con ocasión de la medida de orden sanitario, pues esta fue impuesta por la autoridad –Secretaria de Salud del Municipio de Paipa -, atendiendo las previsiones del artículo 576 de la Ley 9ª de 1979 y decreto Reglamentario No 780 de 2016 y en tal sentido, al imponerse medidas de seguridad encaminadas a proteger a la salud pública, no se podía iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, reiterando que la entidad que representa, no intervino en el cierre preventivo del establecimiento de comercio, situación que solo puede endilgarse a la parte demandante, configurándose un eximente de responsabilidad.

1. Señaló que la prueba documental, corrobora que las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas estuvieron enmarcadas por la legalidad, sin que se desconociera o vulnerara derechos de la demandante, pues la adopción de la medida sanitaria provisional, no le exigía a la Secretaría de Salud municipal, adelantar un proceso administrativo sancionatorio.

1. En cuanto al segundo cargo de impugnación, recalcó que el 19 de mayo de 2012, entre le ITP (arrendador) y la demandante (arrendataria), se suscribió el contrato de arrendamiento No. 3, relacionado con la plazoleta y el área junto al tobogán ubicados en el parque acuático Km 4, destinado a la venta de comida rápida, heladería y frutería, con un canon mensual de $ 2.139.500, con un duración hasta el 31 de diciembre de 2012, contrato que contó con otro sí, con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2013 y al no ser suscrito nuevo contrato, nació para la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, la obligación de devolverlo; sin embargo, pasada dicha fecha no fue restituido, por lo que el 23 de

*5 18\_152383333001201900102001recepcionrecur20220211163442\_TC133047943516531420.pdf*

mayo de 2016, amparados con las facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico, la entidad realizó la liquidación unilateral, decisión impugnada por la demandante y que fue confirmada en decisión del 27 de junio de 2016.

1. Conforme a lo anterior, señaló que la entidad está adelantando el proceso radicado No 15238333300120170026700, donde se promovió restitución del bien inmueble arrendado, con el cual se puede establecer que expiró el plazo de duración del contrato y que pese a ello la demandante, se abstuvo de realizar la entrega material del bien. Adicionalmente, acotó que la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA instauró una denuncia por el delito de abuso de autoridad, violación a domicilio y prevaricato por acción y el 22 de noviembre de 2017, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Paipa, negó la solicitud de restablecimiento de derechos solicitada por el apoderado de las víctimas; decisión que fuera confirmada.

1. Precisó que, para el caso concreto, en noviembre de 2017, el ITP, presentó demanda de restitución de inmueble arrendado y el 12 de julio de 2019, se dictó sentencia en la que se ordenó la restitución definitiva del bien inmueble y condenó a la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, a pagar los valores de cánones de arrendamiento adeudados, hasta el 06 de abril de 2018.

1. Finalmente, señaló que no resultaba factible declarar administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios a ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en virtud a que no se evidencia que se haya configurado la existencia de una vía de hecho que condujera la perturbación irregular de la tenencia del establecimiento de comercio denominado “*plazoleta o cafetería los pinos”*, pues para ese entonces ya existía un acta de liquidación unilateral, la cual hasta el momento no presenta nulidad.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

**39.** Mediante auto del 29 de abril de 2022[[3]](#footnote-3), esta Corporación, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada – ITP, procediendo a la notificación en debida forma, sin manifestación alguna de los extremos procesales[[4]](#footnote-4) y en aplicación de la Ley 2080 de 2021, se ordenó por Secretaría de la Corporación adelantar el trámite previsto en el numeral 5º del artículo 67 ibídem[[5]](#footnote-5). Por lo anterior no se registran alegaciones finales en esta instancia, por los extremos en litis, ni el agente del Ministerio público delegado ante esta corporación, emitió concepto en esta ocasión.

**II. CONSIDERACIONES**

# CONTROL DE LEGALIDAD

**40.** De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra hasta este momento que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. Corresponde a esta Sala establecer, en los términos precisos de la apelación interpuesta:

*¿ Sí, del material probatorio en su conjunto, el INSTITUTO TERMAL DE PAIPA- ITP, le causó a la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, un daño antijurídico resarcible consistente en la perturbación de la tenencia de un bien inmueble previamente objeto de contrato de arrendamiento entre las partes, por limitar e imposibilitar el ejercicio de su actividad comercial posterior a la obtención del concepto favorable sanitario, tal y como lo determinó el a quo, o si por el contrario, la actuación administrativa desplegada se ajustó a los mandatos legales y criterios jurisprudenciales?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos por la apoderada del INSTITUTO TERMAL DE PAIPA, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

***TESIS ARGUMENTATIVA DE LA SALA***

1. *Una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, ya que se logró demostrar la existencia de los actos de perturbación por parte del ITP, a la tenencia del bien en cabeza de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA.*

*En efecto dirá esta instancia, que se encontró acreditado que el Instituto Termal de Paipa, en forma injustificada y dilatoria, no adelantó el proceso de restitución del bien inmueble arrendado al fenecimiento del contrato de arrendamiento, esto fue el 31 de diciembre de 2012, permitiendo adicionalmente un prórroga para el 2013, que se prolongó para los años subsiguientes y solo hasta el 01 de noviembre de 2017, impetró la acción judicial correspondiente, situación de base, que permitió a la demandante el ejercicio de la actividad comercial y tenencia del bien y a quien posterior a que cesaran los efectos de la medida sanitaria de cierre preventivo, le impidió efectiva y eficientemente el reinicio de las actividades comerciales del establecimiento denominado “plazoleta los Pinos”; conducta que por pretermitir el procedimiento legal, configuró una vía de hecho objeto de resarcimiento.*

**ANÁLISIS DE LA SALA**

# De las generalidades de la tenencia

1. La codificación civil, refiere que la **mera tenencia[[6]](#footnote-6)**, se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece y lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

1. Así mismo, la **posesión[[7]](#footnote-7),** se concibe, como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él y por ello, el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

# De la actividad comercial

1. Se destaca, como el artículo 333 de la Constitución Política, reconoce el derecho de libertad económica y al desarrollo de la iniciativa privada, en sus diferentes manifestaciones. Estas libertades, sin embargo, no son absolutas en el Estado de Derecho, ni existe una barrera inquebrantable a la intervención del Estado, ya que el mismo texto de la Carta admite límites a estas libertades en atención al *“bien común"* y al *“interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”,* en los términos que señale la ley[[8]](#footnote-8). En el caso de la libertad de empresa, la norma superior reconoce que ella tiene una función social que implica obligaciones, y para el caso de la libre competencia económica, indica que es un derecho constitucional que supone responsabilidades.

1. En consecuencia, teniendo en cuenta objetivos de orden público, desarrollo urbano, comercial y de planeación, etc., puede el legislador válidamente exigir a los particulares licencias de funcionamiento, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, etc[[9]](#footnote-9), para el ejercicio de las iniciativas económicas descritas[[10]](#footnote-10).

1. Lo anterior permite considerar que las restricciones impuestas por el legislador, con todo, **deben ser proporcionales y razonables, con el objetivo de que los límites estipulados a estos derechos no signifiquen una restricción tan significativa y gravosa de los mismos, que hagan nugatoria la libre iniciativa privada reconocida por la Constitución.**

# De la naturaleza y régimen del contrato estatal de arrendamiento

1. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“…Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto,* ***previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad…”***.

1. Sobre el marco jurídico del Contrato de Arrendamiento, encuentra la Sala, que el mismo se encuentra regulado por el Código Civil, que en su artículo 1973 lo define como *“…****un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado****…”*.

Las obligaciones de las partes y demás elementos del contrato se encuentran regulados por los artículos 1974 y siguientes del precitado código, disposiciones que aplican incluso al arriendo de bienes de naturaleza pública, pues así lo previó expresamente el artículo 1981, que al respecto dispuso:

***“ARTICULO 1981. Arrendamiento de bienes públicos.*** *Los arrendamientos de* ***bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta,*** *se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales.” (Destacado por la Sala).*

1. De la definición legal contenida en el precitado artículo 1973 del Código Civil, la jurisprudencia del Consejo de Estado[[11]](#footnote-11) ha extraído los siguientes elementos y características del contrato de arrendamiento:

*“(…) De la precitada definición 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)[[12]](#footnote-12) 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.*** *Son características del contrato de arrendamiento 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`…”[[13]](#footnote-13) -Subraya la Sala-*

*Para la doctrina “…el arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a la otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado…”[[14]](#footnote-14)Subraya la Sala-, figura en la cual se tipifican, sin duda, los contratos que se analizan, según se desprende del clausulado relacionado con el objeto y las obligaciones que fueron arriba expuestas.*

*Importa resaltar que dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. 1996 del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. 1997 ibídem); realizar las reparaciones locativas (art. 1998 ejusdem); pagar el precio o renta convenido (arts. 2000 y ss. ídem); y* ***restituir la cosa a la terminación del contrato (art. 2005 y ss. C.C.), obligación que será analizada más adelante en tanto es ésta la que se acusa como incumplida por parte de la arrendataria demandada****. (…)”. (Destacado por la Sala)*

1. En cuanto al fenecimiento del término de vigencia previsto en el contrato, la Sala acoge el pronunciamiento de la jurisprudencia en casos similares y del cual se destaca:

*“(…) al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo,* ***se hace exigible*** *la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo; es decir, que aunque* ***estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato****,* ***el cual constituye su fuente,*** *su cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas…”*[[15]](#footnote-15)*.*

1. Seguidamente agregó la máxima corporación de lo contencioso administrativo:

*“(…)* ***b) El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente,*** *hasta el momento en que se dé el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él[[16]](#footnote-16), tal como ya quedó indicado.*

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

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

*El principio de legalidad, básico en el Estado de derecho, impone no solo a la Administración sino a todas las instituciones del Estado el deber y la limitación de ceñir sus actuaciones al ordenamiento jurídico, puesto que es la ley la que le otorga las potestades y define los límites dentro de los cuales pueden actuar las autoridades; en otras palabras,* ***para que las autoridades puedan actuar legítimamente se requiere de una atribución legal previa (…)[[17]](#footnote-17).*** *(Destacado por la Sala).*

**54.** Finalmente, se señala que, en los términos de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado[[18]](#footnote-18), en los contratos de arrendamiento estatal **no hay lugar a la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil.**

# De la responsabilidad extracontractual por las vías de hecho

1. En el contexto del derecho administrativo, esta figura de origen jurisprudencial francés fue expuesta por el profesorDe Laubedére22, citada y comentada por Libardo Rodríguez[[19]](#footnote-19), donde establece que la “*vía de hecho*” se presenta “*cuando en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, la administración comete una irregularidad grosera, que atenta contra el derecho de propiedad o contra una libertad pública*” y que la irregularidad “*grosera*” está dada por ser una irregularidad o ilegalidad “*manifiesta*” o “*flagrante*”, agravada o exagerada, ya porque no tenía poder para actuar o porque teniéndolo, utilizó procedimientos manifiestamente irregulares.

1. Santofimio expresa que este concepto se ubica:

*“(…) en el ámbito del desconocimiento al bloque de la legalidad, producido este por la irregular, grosera, manifiesta y flagrante actuación de la administración que violenta los derechos, libertades y garantías al expedir un Acto Administrativo o en sus operaciones de cumplimiento; bien porque la administración no tenía poder para proferir el acto o desarrollar la actividad material* ***de ejecución o porque teniendo este poder utilizó procedimientos manifiestamente irregulares, exagerados y desbordados”[[20]](#footnote-20).***

1. La Corte Constitucional, ha venido reconociéndole entidad a la vía de hecho en el derecho colombiano, **calificando como tales todas aquellas actuaciones de las autoridades que desconocen abiertamente el ordenamiento jurídico, contradiciéndolo o violando de manera ostensible los procedimientos y el debido proceso en situaciones que prácticamente rayan con la arbitrariedad**; todas aquellas ostensibles violaciones al ordenamiento jurídico que, no obstante su ropaje de actos administrativos, se pueden calificar como vías de hecho, si desconocen y alteran los derechos fundamentales[[21]](#footnote-21), sin perjuicio de pregonar que la categoría ha caído en desuso con ocasión de la superación de ese concepto en cuanto hace a las acciones de tutela contra decisiones judiciales.

1. En cuanto a la responsabilidad correspondiente a la administración frente al administrado, por la vía de hecho, la jurisprudencia[[22]](#footnote-22) indicó, que aquella sería responsable con la sola demostración de la grosera y violenta ilegalidad provocada por la administración, siempre y cuando el afectado demostrara que existía una evidente relación de causalidad entre la vía de hecho y el daño causado.

# DE LO PROBADO EN EL PROCESO

**59.** Al proceso fueron allegados los siguientes elementos de prueba, útiles a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

* Se destaca que el ITP, es una entidad descentralizada del orden municipal, la cual responde a una EMPRESA INDUSTRIAL y COMERCIAL, razón por la cual su régimen de contratación se rige por lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998[[23]](#footnote-23).

* Concordante con lo anterior, en el acto de creación (Acuerdos 013 de 1995 y 020 de 2020)28 del ITP, se precisó que el objeto de dicha entidad, consistía en la prestación de servicios de turismo de salud, bienestar, estética y recreación a través de la industrialización y comercialización del uso del agua termo mineromedicinal, sus derivados y sus subproductos, la investigación, la formación y capacitación intelectual en termalismo que permitan el desarrollo sostenible del turismo en el municipio de Paipa, y para cumplir su objeto era posible la suscripción de contratos que se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

* La demandante en calidad de arrendataria y el INSTITUTO TERMAL DE PAIPA- ITP, como arrendador, suscribieron el 19 de mayo de 2012 un contrato de arrendamiento identificado con el número No. 003[[24]](#footnote-24), de un local o espacio comercial, ubicado en las instalaciones del parqueacuático, con el fin de prestar el servicio de cafetería, heladería y comidas rápidas, con un término de duración a partir del 19 d mayo de 2012 al 31 de diciembre de 2012.

* Sin embargo, se extendió la duración del contrato de arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 2013, como consecuencia del Otrosí No 001 firmado el 01 de diciembre 2012[[25]](#footnote-25).

* Vencido el lapso del duración indicado en el Otrosí, esto es, el 31 de diciembre de 2013, la demandante no restituyó el bien arrendado y continuó ejerciendo su actividad comercial, hasta el 06 de enero de 2017, cuando las Secretarías de Salud y de Gobierno del Municipio de Paipa, le impusieron una medida sanitaria, consistente en el cierre preventivo del establecimiento de comercio *“plazoleta los Pinos”*, por las condiciones insalubres que en criterio de las dependencias ponían en riesgo la salud de los usuarios del parque acuático.

* De igual manera se encuentra acreditado que el 12 de abril de 2016[[26]](#footnote-26), se llevó a cabo audiencia de liquidación bilateral del contrato de arrendamiento con la presencia de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, sin que se llegar a un acuerdo, por lo que el entonces Instituto de Turismo de Paipa -ITP, el 23 de mayo de 2016, resolvió liquidar unilateralmente el contrato de arrendamiento de los locales comerciales de la plazoleta y el local del área junto al tobogán[[27]](#footnote-27) y declaró a la contratista deudora de las sumas de $ 2.326.500, por concepto de cánones de arrendamiento y servicios públicos domiciliarios.

* El Gerente del ITP, mediante oficio OFGETITP:400-007 de enero de 2017[[28]](#footnote-28), solicitó ante el Secretario de Salud Municipal, realizar una visita técnica a todos los establecimientos, con el fin de corroborar y verificar el estado de higiene de cada una de las unidades ubicadas en el Instituto de Turismo de Paipa.

* El 06 de enero de 2017, el Secretario de Salud del Municipio de Paipa[[29]](#footnote-29), remitió al Secretario de Gobierno del Municipio de Paipa, el reporte de la visita técnica de inspección sanitaria realizada a diferentes establecimientos de comercio ubicados en el parque acuático, en el que recomendó como medida preventiva *“cierre”*, por cuanto ofrecía riesgo para la salud de las personas que frecuentaban el lugar, ya que no ofrecían condiciones sanitarias óptimas para la venta y expendio de productos alimenticios preparados en el sitio, además que el inmobiliario presentaba riesgo para la salud, y de manera específica para el establecimiento de comercio *“Plazoleta Los Pinos”*, acotó:

*“• La persona que atiende, no cuenta con reconocimiento médico ni certificado de capacitación en* ***Buenas prácticas*** *de manipulación de alimentos.*

* + *Se evidencia, desaseo.*
  + *Las instalaciones eléctricas se encuentran en mal estado.*
  + *Las canecas de los residuos sólidos no poseen tapas.*
  + *La vitrina de las empanadas no genera protección al producto, y presenta residuos de comida pegados a la misma. y Falta de mantenimiento y limpieza de equipos.*
  + ***Se evidencia presencia de moho en las paredes y deterioro de las mismas.***
  + *Falta de limpieza a los utensilios de expendio de alimentos. O Se encuentran frutas específicamente mandarinas en regular estado. o Falta de limpieza de techos y vidrios.*
  + ***Falta de mantenimiento y limpieza a la nevera de conservación de gaseosas y líquidos o acumulación de muchos productos en el congelador, lo cual dificulta el cierre total del mismo, alterando la cadena de frio****.*
  + *Angeo de protección de génovas en regular estado lo que permite el acceso de moscos.*
  + *No posee botiquín ni extintor.*
  + *Se evidencia contaminación cruzada por falta de protección.*
  + *El Cableado debe tener canaletas de protección.*
  + *La tabla de picar presenta deterioro y desaseo.*
  + *Los recipientes en refrigeración deben tener tapa hermética y debidamente rotulados,*
  + *Los recipientes de la basura deben ser de vaivén o de pedal.*
  + *Los refrigeradores presentan oxido.*
  + *Los recipientes que entran en contacto con los alimentos deben ser de material sanitario.*
  + *La persona que atiende el lugar es la misma que recibe el dinero, utilizando los mismos guantes para manipular alimentos y recibir dinero. • La mesa de trabajo presenta oxido.*
  + *El lugar dispuesto para las frutas no es adecuado por el cambio de temperaturas.*
  + *La máquina de moler café está en malas condiciones y presenta residuos y partículas que lo contaminan. • La máquina de exprés presenta deterioro y residuos de partículas”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

* De igual manera se acreditó que el 06 de enero de 2017, la Secretaría de Gobierno Municipal, comisionó a la Inspección de Policía de Paipa[[30]](#footnote-30), para el acompañamiento y asistencia con los medios (sellos de cierre y elaboración de la respectiva acta de cierre), en aplicación de la medida sanitaria preventiva establecida como cierre temporal, con la respectiva acta de inspección[[31]](#footnote-31).

* Reposa el expediente que el día 13 de marzo de 2017[[32]](#footnote-32), el profesional universitario – referente del programa de alimentos de la Secretaría de Salud Departamental, en compañía del secretario de Salud y de Protección Social del Municipio de Paipa, realizaron visita de inspección sanitaria al establecimiento de comercio *“plazoleta los Pinos”* y del cual se extrae:

*“(…)*

***El******establecimiento denominado cafetería los pinos, presenta algunas mejoras higiénico sanitarias considerando esta Secretaría que se levanta la medida para que pueda sanitariamente realizar su actividad, previo retiro de toda la mercancía que no cumpla con la normatividad vigente****, se menciona que el propietario se compromete a retirar todos los productos vencidos y surtir con nuevos y cumplir con todas las normas.*

*(…)*

*La secretaría de salud departamental en cabeza de la oficina de alimentos en compañía de las autoridades locales hará verificación para el cumplimiento de los compromisos adquiridos”.*

* Como consecuencia de lo anterior, la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, solicitó el 24 de abril de 2017, al ITP, le permitiera continuar desarrollando las actividades en el establecimiento de comercio, teniendo en cuenta que, hasta ese momento no se había promovido aún el proceso de restitución de bien inmueble arrendado[[33]](#footnote-33).

* Adicionalmente, reposa oficio fechado del 25 de abril de 2017[[34]](#footnote-34), que da cuenta que la entidad arrendadora – ITP, no permitiría la continuidad en el ejercicio de actividades en el establecimiento de comercio y requirió a la arrendataria para que retirara la mercancía almacenada en el local y del cual se destacan los siguientes apartes:

*“(…) En atención al oficio de la referencia me permito informarle que en la actualidad usted no ostenta ningún vínculo de carácter contractual con el Instituto de Turismo de Paipa,* ***por lo tanto, no es procedente jurídicamente reconocer su calidad de arrendataria que manifiesta en el oficio de la referencia.***

*Igualmente, me permito requerirla por segunda vez para que proceda al retiro de la mercancía de su propiedad almacenada en el local comercial "plazoleta los pinos" en un término no mayor a cinco días hábiles, dado que el instituto iniciará adecuaciones locativas que implica construcción de obra en dicho espacio, por lo tanto se requiere que las respectivas áreas estén desocupadas. (…)”*

* Solo hasta el día 01 de noviembre de 2017, el ITP presentó una demanda de reparación directa que fue repartida al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, y previa adecuación del trámite, se adelantó el proceso de restitución de bien arrendado No. 2017-00267.

* La diligencia de entrega y restitución del inmueble arrendado se realizo hasta el 06 de abril de 201840.

* A través de la Resolución N° 622 del 14 de diciembre de 2017[[35]](#footnote-35), el

Secretario de Salud y Protección Social del Municipio de Paipa, dispuso *“ordenar el decomiso de todos los productos alimenticios y bebidas abandonadas, vencidos, o en estado de descomposición, y los demás existentes que se encuentran en el establecimiento comercial “Plazoleta*

*Los Pinos” ubicado dentro de las Instalaciones del Instituto de Turismo de Paipa (…) Cítese a la señora ANA CELINDA AVIAL FONSECA para que concurra la diligencia donde se materializará la medida sanitaria respectiva”.*

* Como otro aspecto probado, están los comprobantes de pago de canon de arrendamiento de los que se destacan las siguientes fechas: 05/12/2016; 05/01/2017; 03/03/2017; 07/04/2017[[36]](#footnote-36) y facturas de algunos proveedores comerciales de la demandante[[37]](#footnote-37).

* Finalmente, se encuentra acreditada la inscripción como comerciante[[38]](#footnote-38) de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, atendiendo el certificado de matrícula mercantil constituida desde el 09 de agosto de 2012, bajo el número N 00068531, la calidad de empleadora, con reportes al sistema general de la seguridad social de ella y de algunas empleadas, además del informe del estado financiero a 31 de diciembre de 2016 de la actividad comercial de la demandante, debidamente suscrito por contadora pública, donde se registraron, de manera general, las utilidades y facturación del establecimiento, pero no la individualización de los perjuicios reclamados.

# CASO CONCRETO

**60.** De las pruebas recaudadas, que básicamente son documentales, la Sala procede a su análisis y valoración, teniendo en cuenta que es el centro del recurso impetrado por la apoderada de la entidad demandada- ITP, relacionado con la **ausencia del nexo causal entre el presunto daño antijurídico y la medida de cierre preventivo; y la inexistencia de vínculo contractual entre los extremos en litigio**, por lo que se procede a resolver cada cargo de impugnación así:

# PRIMER CARGO – DE LA INEXISTENCIA DE VÍNCULO

**CONTRACTUAL ENTRE LOS EXTREMOS EN LITIGIO.**

1. *Abinitio*, advierte la Sala, de los hechos probados, que en la relación contractual no intervino el Municipio de Paipa; adicionalmente, el precitado contrato suscrito entre la demandante y el ITP, aunque fue objeto de un otrosí que permitió la ejecución en plazo, desconoció los principios de la función pública, de los fines esenciales de la contratación estatal y la jurisprudencia, por lo que se colige **que para la demandante en calidad de arrendataria, había surgido la obligación de restituir el inmueble comercial objeto de arrendamiento, a partir del 01 de enero de 2013**, fecha en que expiró el plazo convenido en la minuta contractual No 03; obligación que estaba a cargo de la citada arrendataria, como lo precisó el Consejo de Estado en los precitados pronunciamientos, situación que sin lugar a equívocos y de acuerdo a la documental la demandante en calidad de arrendataria estaba en mora de cumplir con la obligación de restituir el inmueble, pese a que siguió asumiendo los cánones de arrendamiento, conforme a lo pactado inicialmente.

1. No obstante, para esta instancia judicial, la entidad recurrente tampoco realizó mayor gestión administrativa por obtener la restitución del bien, con lo que permitió que la demandante, siguiera utilizando en arriendo el inmueble para la actividad comercial de venta de comida rápida, heladería y cafetería en el centro acuático de Paipa, desde 2013 y hasta 2017, pese a que el contrato fenecía el 31 de diciembre de 2012.

1. Pasaron más de 5 años para que el ITP iniciara el proceso judicial de restitución del bien inmueble arrendado (01 de noviembre 2017), diligencia que se realizó solo hasta el 06 de abril de 2018, por lo que al igual que el Juez de primera instancia, es reprochable la conducta de la entidad demandada, al pactar y permitir el uso del inmueble, posterior al vencimiento del plazo convenido de manera indefinida, puesto que ello configura una situación irregular 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.

1. Adicionalmente y de los hechos probados, encuentra la Sala que la entidad demandada - ITP, en forma expresa y **solo hasta el 12 de abril de 2016**[[39]](#footnote-39), cuando se llevó a cabo audiencia de liquidación bilateral del contrato de arrendamiento con la presencia de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, manifestó formalmente la indicación a la arrendadora que debía restituir el bien arrendado, pues al verificar la contestación de la demanda, son escasas las pruebas que permiten verificar una actividad diligente y en cumplimiento de los fines que impone la función pública.

1. La anterior circunstancia, permite a la Sala considerar que en efecto el ITP, retardó sin ninguna justificación legal, el deber de acudir a la jurisdicción y obtener una decisión judicial sobre la restitución de la tenencia del bien arrendado de manera pronta, incurriendo en múltiples fallas en su gestión administrativa, que se sumaron a las de pretender a mutuo proprio y con una liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, la desocupación y entrega del mismo; además de adoptar conductas que limitaron el ingreso de la demandante al establecimiento de comercio denominado *“Plazoleta Los Pinos”,* desde el 25 de abril de 2017, con el fin de impedir la continuidad de las actividades comerciales que se desarrollaban allí; y pese a que a partir del 13 de marzo de 2017, la Secretaría de Salud departamental había dado aprobación sanitaria, por lo que se encuentra razón, primero de la omisión en iniciar el proceso de restitución en prontitud, y segundo, impedir el ejercicio comercial sino se contaba con restricciones de las autoridades sanitarias.

1. Corroborándose que, luego de la imposición de la medida sanitaria la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA llevó a cabo gestiones y mejoras en el establecimiento de comercio afectado con el cierre temporal, hasta el punto que, en diligencia del 13 de marzo de 2017 la Secretaría de Salud departamental determinó la viabilidad de continuar con el desarrollo de las actividades comerciales en tal establecimiento; superándose la conducta que conllevó a la imposición de la medida provisional impuesta por el municipio de Paipa, y además se abstuvo de comercializar los productos con precariedad sanitaria, por lo que no existe justificación que el ITP, le haya impedido el ejercicio de su actividad comercial.

1. Es claro para esta instancia, entonces, que independientemente de la extensión irregular en el tiempo, de la tenencia del bien inmueble y del buen actuar que se esperaría por parte de la arrendataria, en este caso de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, **la falta de diligencia de la entidad ITP, en obtener la restitución del bien arrendado**, le impedía desplegar actos tendientes a imposibilitar, restringir u obstaculizar el uso y disfrute del mismo, pues tal conducta vulnera el derecho fundamental al debido proceso, convirtiéndose en una vía de hecho pasible de reproche judicial.

1. En consecuencia, para el *sub judice*, los actos de perturbación por parte del ITP, a la tenencia, resultan claros cuando se limitó el acceso de la demandante para que ejerciera su actividad comercial que se había permitido, posterior al vencimiento del plazo contractual de arrendamiento, pues no contaban con la autorización legal o judicial para ello; máxime cuando no se había iniciado el proceso de restitución de bien inmueble arrendado, ni alguna actuación policiva para propender por la preservación y restablecimiento de la posesión del local, con el fin de cumplir cabalmente con sus funciones esenciales la administración pública.

1. Sobre el particular se destaca, como La Ley 1801 de 2016, determinó en su artículo 77, cuáles pueden ser los comportamientos contrarios a la posesión y a la tenencia de bienes, entre los que se destaca, para efectos del estudio del *sub lite*, el enunciado en su numeral 1° “*perturbar, alterar o* ***interrumpir la posesión o mera tenencia*** *de un bien inmueble ocupándolo ilegalmente*”, acciones que tampoco inició la entidad encargada de recuperar el inmueble.

1. Por lo tanto, el argumento del recurrente en este aspecto, no tiene vocación de prosperidad, pues tal y como se acreditó, entre la demandante y el ITP, sí existió un vínculo contractual que fenecía el 31 de diciembre de 2012, pero por las omisiones en las gestiones administrativas de la entidad, se prorrogó con un otrosí, que en teoría culminaba la ejecución del arrendamiento el 31 de diciembre de 2013, pero que se permitió hasta el **06 de abril de 2018**, cuando se formalizó la diligencia de restitución, generando con ello una situación irregular que fue valorada en el proceso de restitución de bien arrendado No. 2017-00267, que cursó en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama.

1. Así las cosas, para la Sala, que el ITP haya pretendido con la liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, desalojar y adoptar conductas que limitaron el ingreso de la demandante al establecimiento de comercio denominado *“Plazoleta Los Pinos”,* desde el 25 de abril de 2017, desconociendo que la Secretaría de Salud ya le había dado aprobación sanitaria, en efecto, configuró una vía de hecho que perturbó la tenencia, aunque irregular, del inmueble, pero que estructuró el juicio de responsabilidad, pues en el concepto de **daño resarcible**, es factible atribuir responsabilidad a una entidad estatal, cuando de manera arbitraria se frustran expectativas que se consolidaron por omisiones en gestiones administrativas propias.

1. Colige, entonces la Sala, que en este caso el daño antijurídico correspondió a la imposibilidad del ejercicio de la actividad comercial y perturbación de la tenencia del inmueble arrendado a favor de la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, entre el 25 de abril de 2017 (fecha cuando el ITP limitó el ingreso y la actividad) y **hasta el 06 de abril de 2018** (fecha en la que se adelantó la diligencia de restitución del bien inmueble arrendado), por lo que se confirma la sentencia recurrida, frente a este tema.

# SEGUNDO CARGO – AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL

**PRESUNTO DAÑO ANTIJURIDICO Y LA MEDIDA DE CIERRE PREVENTIVO.**

1. De otra parte, también se encuentra acreditado que la actividad comercial que desplegaba la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA era lícita, y gozaba de amparo constitucional y legal, pues la parte recurrente no demostró lo contrario, y habiéndose analizado la demora en cumplir con la forzosa obligación del arrendador, en este caso ITP, de acudir a la jurisdicción, con el fin de obtener la restitución del bien arrendado, cuando el contrato finalizó, o por cualquiera de las causales previstas por la ley, debía, en concordancia a dicha situación, respetarse el derecho al debido proceso y garantizar la protección de la actividad comercial y abstenerse de limitar, extinguir, restringir y/o perturbar motu proprio la tenencia o uso del bien arrendado, sin haber obtenido un pronunciamiento judicial previo.

1. Conforme a lo anterior y tal como se indicó en el acápite probatorio, el ITP, **no impuso ninguna medida de cierre preventivo, pues eso correspondía a las autoridades municipales**, por ello la Secretaría de Salud, adelantada la visita técnica rindió el concepto respectivo, remitiendo los hallazgos a la Secretaría de Gobierno, dependencia que atendiendo las condiciones del procedimiento verbal, resolvió imponer la medida preventiva de cierre del establecimiento y comisionar para tal efecto, a la Inspección Municipal de Policía.

1. Así las cosas, el Municipio de Paipa, tenía la obligación de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, previsto en el artículo 57646 de la Ley 9ª de 1979, (incluido posteriormente en el artículo 2.8.8.1.4.3 del Decreto Reglamentario No. 780 de 2016), disposición normativa que **establece las medidas de orden sanitario, que, con carácter preventivo y urgente**, deben

*46 . Podrán aplicarse como medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública, las siguientes:* ***a) Clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial;***

1. *La suspensión total o parcial de trabajos o de servicios;*
2. *El decomiso de objetos y productos; d) La destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso, y*

*e) La congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.*

*PARAGRAFO. Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.*

adoptar las autoridades investidas de competencia para llevar a cabo la inspección, control y vigilancia de las actividades desarrolladas en establecimientos comerciales abiertos al público. Por lo que no encuentra la Sala la pertinencia del cargo de impugnación formulado, ya que el objeto en litis y la declaratoria de responsabilidad obedeció a la **vía de hecho por perturbación** a la **tenencia del inmueble,** pero no por las decisiones y competencias administrativas en desarrollo de la actividad de inspección, vigilancia y control.

1. Conforme a lo anterior y para el *sub judice*, la Sala comparte el análisis realizado por el Juez de primera instancia, en tanto que, la adopción y aplicación de la medida sanitaria que corresponde a las de, simplificar los procedimientos administrativos, no exigía del Municipio de Paipa, el adelantamiento de un proceso administrativo sancionatorio extenso, pues las disposiciones normativas no lo exigen, atendiendo la naturaleza y finalidad de la protección de los derechos de los usuarios y consumidores que se puedan afectar con la falta de medidas sanitarias.

1. En ese orden de ideas, para la aplicación de las medidas sanitarias, las autoridades competentes, podrán actuar de oficio, por conocimiento directo o por información de cualquier persona o de parte del interesado, pero una vez conocido el hecho, la autoridad sanitaria procederá a evaluarlos de manera inmediata y a establecer la necesidad de aplicar las medidas sanitarias pertinentes, con base en los peligros que pueda representar desde el punto de vista epidemiológico, existiendo diferencia, conforme al marco normativo indicado en precedencia, entre el procedimiento para imponer una sanción por infracción a normas sanitarias, y el **procedimiento para aplicar una medida de carácter meramente preventivo, con el fin de superar el riesgo a la salud.**

1. Por lo que, para la Sala la Secretaría de Salud municipal, actuó de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979 y demás normatividad derivada de ésta, según la cual las medias sanitarias son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio y se aplican sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar (parágrafo artículo 576 de la Ley 9 de 1979). En otras palabras, el municipio de Paipa a través de las Secretarías de Salud, de Gobierno y de la Inspección de Policía hizo lo que le correspondía.

1. La Sala, reitera que, en el caso bajo estudio el reconocimiento del daño antijurídico correspondió a la imposibilidad del ejercicio de la actividad comercial y perturbación a la tenencia del inmueble que la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA ostentaba en el lapso comprendido entre el 25 de abril de 2017 y hasta el 06 de abril de 2018, por lo que, como fue indicado *ut supra*, no se encuentra coherencia la formulación de este cargo de apelación, pues el daño objeto de resarcimiento, no tuvo origen en el cierre preventivo, ni en la actuación de las autoridades sanitarias, sino en la perturbación a la tendencia en cabeza del ITP, por lo que se encuentra acertado confirmar la sentencia recurrida.

1. Destaca la Sala que, si bien la sentencia proferida en primera instancia condenó en abstracto al ITP, el reconocimiento de los perjuicios en la modalidad de lucro cesante, al tenor del artículo 193 del CPACA, el A-quo, no preciso en la parte resolutiva los lineamientos de dicha condena, por lo tanto, esta Sala atendiendo las previsiones normativas y los criterios jurisprudenciales[[40]](#footnote-40), modificará el numeral tercero, con el fin de incluir las bases en las que se deberá presentar la liquidación en el correspondiente incidente.

1. Para el efecto, la solicitud y liquidación con la que se promueva el incidente de la condena en abstracto a cargo de la parte interesada, deberá tener en cuenta, lo siguiente:

* 1. Los soportes contables que acreditan que antes de la perturbación a la tenencia, la actividad comercial desarrollada por la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en el establecimiento, **generaba rendimientos en beneficio del patrimonio a su favor;**

* 1. La antigüedad de la actividad de comercio desarrollada en la Cafetería “*los Pinos*”, que se mantuvo ininterrumpidamente desde el año 2012 hasta la fecha en que la entidad demandada decidió impedir su continuidad, aspecto que permita concluir que, de haberse seguido desarrollando en condiciones de normalidad, generaría utilidades en cuantía más o menos similar a la que ya venía generando.

* 1. El promedio de lo que percibía por la actividad de comercio en la Cafetería “*los Pinos*”, **por concepto de ganancia neta**.

* 1. **Proyección contable** donde se acredite el valor de la utilidad líquida de la actividad comercial que desarrollaba la señora ANA CELINDA ÁVILA FONSECA, en el establecimiento Cafetería “*los Pinos*”, entre el lapso del 25 de abril de 2017 y hasta el 06 de abril de 2018, tomando como base las declaraciones de renta de los años anteriores.

* 1. La suma que resulte y que corresponde al lucro cesante, deberá ser indexada mes a mes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, utilizando la fórmula matemática aceptada por el Consejo de Estado.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala:

*“(…)****ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.****Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento*

*Civil.*  *<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. (…)”*

1. En criterio de la Sala, el nuevo inciso 2.º implica que actualmente la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

1. Por lo que, para este caso, pese a que se confirmó la sentencia y no prosperaron los argumentos del recurso, no se advierte que se configurara el supuesto de la condena en costas, pues la tesis de la entidad contó con sustento argumentativo, a pesar de que no fuera aceptada por el Tribunal. Por ende, no se emitirá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# FALLA

**PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero** dela sentenciaproferida el 31 de enero de 2022, en la que el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, el cual quedará así:

***“TERCERO.*** *– Como consecuencia de lo anterior,* ***CONDENAR en abstracto al INSTITUTO TERMAL DE PAIPA*** *(antes Instituto de Turismo de Paipa) a pagar a favor de la señora* ***ANA CELINDA AVILA FONSECA, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante****, el valor de la utilidad líquida que dejó de percibir y que hubiese percibido por el normal desarrollo de su actividad comercial en el establecimiento de comercio denominado “Plazoleta o Cafetería Los Pinos”, en el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2017 y el 06 de abril de 2018; efecto para el cual, deberá promover el incidente de liquidación en los términos del artículo 193 del CPACA, la solicitud y liquidación con la que se promueva el incidente de la condena en abstracto, deberá tener en cuenta, los siguientes lineamientos:*

1. *La parte interesada, deberá aportar los soportes contables que acreditan que antes de la perturbación a la tenencia, la actividad comercial desarrollada por la señora* ***ANA CELINDA ÁVILA FONSECA****, en el establecimiento,* ***generaba rendimientos en beneficio del patrimonio a su favor;***

1. *De igual manera, tener en cuenta la antigüedad de la actividad de comercio desarrollada en la Cafetería “los Pinos”, que se mantuvo ininterrumpidamente desde el año 2012 hasta la fecha en que la entidad demandada decidió impedir su continuidad, aspecto que permita concluir que, de haberse seguido desarrollando en condiciones de normalidad, generaría utilidades en cuantía más o menos similar a la que ya venía generando.*

1. *Además, aportar el promedio de lo que percibía por la actividad de comercio en la Cafetería “los Pinos”,* ***por concepto de ganancia neta.***

1. ***La proyección contable*** *donde se acredite el valor de la utilidad líquida de la actividad comercial que desarrollaba la señora* ***ANA CELINDA ÁVILA FONSECA****, en el establecimiento Cafetería “los Pinos”,* ***entre el lapso del 25***

***de abril de 2017 y hasta el 06 de abril de 2018****, tomando como base las declaraciones de renta de los años anteriores.*

1. *La suma que se determine deberá ser indexada mes a mes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, utilizando la fórmula V=VH\*IF/II, en donde V es el valor indexado, VH corresponde al valor dejado de percibir en cada mes, IF corresponde al índice de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, e II corresponde al IPC vigente en el mes en que se calculó la utilidad”.*

**SEGUNDO:** **CONFIRMAR en todo lo demás** la sentencia apelada.

**TERCERO** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, **previo registro en el sistema SAMAI**.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO** **Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS** **Magistrado**

*Ausente con permiso*

# BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS Magistrada

***Constancia:****“La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*

1. ver archivo 02- expediente digital [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 025- expediente electrónico. Poder Contestación demanda .pdf [↑](#footnote-ref-2)
3. Índice N° 10- Samai. [↑](#footnote-ref-3)
4. [SAMAI | Proceso Judicial (consejodeestado.gov.co)](https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=152383333001201900102021500123) -15238333300120190010202 [↑](#footnote-ref-4)
5. “(…)5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso. (…)” [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 775 CC [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 762 CC [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia C-524 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibídem [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia C-492 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-10)
11. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)- Consejera ponente:

    RUTH STELLA CORREA PALACIO- cuatro (4) de junio de dos mil doce (2012)- Radicación número: 13001-23-31-0001996-10680-01 (22109)- Actor: HENRY CHAR ZENLAOVI- Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- Asunto: Acción de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-11)
12. Se trata más bien de un requisito general, predicable de todo contrato, según el art. 1502 del C.C. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13352. En sentido similar, sentencia de febrero 16 de 2001, Exp. 16596. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia de abril 30 de 1970. [↑](#footnote-ref-13)
14. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones el Profesional, décima sexta edición, 2004, pág.421. [↑](#footnote-ref-14)
15. **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 8 de marzo de 2007. Rad.: 40001-23-31-000-1993-03394-01 (15883). Actor: Roberto Chahn Nohora. Demandado: Distrito de Santa Marta. [↑](#footnote-ref-15)
16. El contrato es fuente de obligaciones reza el artículo 1494 del C.C. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.” [↑](#footnote-ref-16)
17. **CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit.** Rad.: 40001-23-31-000-1993-03394-01 (15883). [↑](#footnote-ref-17)
18. Sección tercera – subsección A – radicación 6 30012331000 199901000 01 del 26 de febrero de 2015 22 André de Laubadére [↑](#footnote-ref-18)
19. Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano. Séptima edición. Bogotá: Temis, 1998. pp. 187189. [↑](#footnote-ref-19)
20. Santofimio G., Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 112. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencias T-173 del 4 de febrero de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; T-118 del 16 de marzo de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, y T-146 del 3 de abril de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA: “… por ello, todo proceder de los servidores públicos que ignore ostensible y flagrantemente el ordenamiento jurídico se constituye en verdadera vía de hecho…”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976.

    Respecto de la vía de hecho y de la operación administrativa señala la Corporación en dicha sentencia: “… como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración, de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o mejor teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado. Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa;

    simplemente, habrá falla del servicio o de la administración y la responsabilidad será la común” [↑](#footnote-ref-22)
23. ARTÍCULO 93. RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales 28 Anexos de la demanda. [↑](#footnote-ref-23)
24. 05.- ANEXO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-OTROSI (16-18).PDF [↑](#footnote-ref-24)
25. 05.- ANEXO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-OTROSI (16-18).PDF [↑](#footnote-ref-25)
26. 06.- ANEXO-LIQUIDACION CONTRATO (19-23).PDF [↑](#footnote-ref-26)
27. 06.- ANEXO-LIQUIDACION CONTRATO -ff. 5-8.PDF [↑](#footnote-ref-27)
28. 07.- ANEXO-OFICIO OFGEITP 400-007 (24).PDF [↑](#footnote-ref-28)
29. 08.- ANEXO-ACTA VISITA TECNICA INSPECCIÓN SANITARIA SEC SALUD (25-31).PDF [↑](#footnote-ref-29)
30. 09.- ANEXO-COMISIÓN Y SELLAMIENTO INSPECCIÓN POLICÍA (32-38).PDF [↑](#footnote-ref-30)
31. 10.- ANEXO-ACTA INSPECCION SANITARIA 21-04, SOLICITUD APERTURA, RTA ITP24-04-17 (39-45).PDF [↑](#footnote-ref-31)
32. 28.- ANEXO-ACTA DE INSPECCIÓN SANITARIA 13-03-17 (184-189).PDF [↑](#footnote-ref-32)
33. 29.- ANEXO SOLICITUD ENTREGA-OFICIO 25-04-17 NO RELACION CONTRACTUAL (190-195).PDF [↑](#footnote-ref-33)
34. 29.- ANEXO SOLICITUD ENTREGA-OFICIO 25-04-17 NO RELACION CONTRACTUAL (190-195).PDF 40 Carpeta No. 97 del cuaderno No. 1 E-D [↑](#footnote-ref-34)
35. 43.- RES. No. 622-17 Y 009-18-NOTIFICACIÓN-SOLICITUDES ACOMPAÑAMIENTO (375-393).PDF [↑](#footnote-ref-35)
36. 13.- ANEXO-PAGO CÁNONES ARRENDAMIENTO (58-59).PDF [↑](#footnote-ref-36)
37. 14.- ANEXO-FACTURAS 09-2016 (60-70).PDF- 15.- ANEXO-FACTURAS 10-2016 (71-84).PDF- 16.- ANEXOFACTURAS 11-2016 (85-99).PDF- 17.- ANEXO-FACTURAS 12-2016 (100-118).PDF- 18.- ANEXO-FACTURAS 01-2017 (119-125).PDF [↑](#footnote-ref-37)
38. 12.- ANEXO- PLANILLAS PAGOS SS-NÓMINACONTRATOS-CERTIFICADO MATRICULA MERCANTIL (48-57).PDF y 19.- ANEXO-ESTADOS SITUACIÓN FINANCIERA (126-142).PDF [↑](#footnote-ref-38)
39. 06.- ANEXO-LIQUIDACION CONTRATO (19-23).PDF [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección -C, mediante sentencia del 18 de mayo de 2017, declaró administrativa y solidariamente responsables a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Cámara de Representantes y los condenó en abstracto a pagar a favor del señor Benjamín Herrera Agudelo la suma de dinero a calcular partir de la liquidación de perjuicios que se probara en el correspondiente incidente, con base en los lineamientos expuestos en la parte considerativa de la sentencia [↑](#footnote-ref-40)