

CONTRATO ESTATAL – Nulidad Absoluta – Discrecionalidad – Cláusula exorbitante

Las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden. Aún más, pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o «a conveniencia» de una de las partes [así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante] también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación. La potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista. Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verterse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista. En consecuencia, si en un contrato de esta laya la Administración incorpora la potestad excepcional de darlo por terminado unilateralmente, esa cláusula es absolutamente nula porque se está pactando contra expresa prohibición legal.

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Responsabilidad contractual del Estado

El daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual. Ahora, como en la responsabilidad contractual el daño, excluyendo obviamente la prestación, es la merma patrimonial que se padece, las ventajas que se dejan de percibir y en muy raros casos la congoja o pena que se sufre, es evidente que un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación. Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía. Y como quiera que en este caso brilla por su ausencia la demostración del daño causado así como la cuantía del perjuicio, era consecuencia obligada la denegación de las pretensiones indemnizatorias que adujo la parte demandante.

CONTRATO ESTATAL– RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL –facultad para actuar

Según lo dispuesto por el artículo 1505 del C. C. y por el artículo 833 del Código de Comercio, los actos que una persona celebre o ejecute a nombre de otra estando facultada por esta para ello, produce efectos directamente frente al representado pues es tanto como si hubiera actuado él mismo. Por consiguiente si alguien celebra un negocio jurídico a nombre de otro y se le ha facultado para ello y para todo lo atinente a él sin limitación alguna, es obvio que sus facultades comprenden no sólo la etapa de la celebración del negocio sino también la de la ejecución y la posterior a esta.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Nulidad – Causal

El contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, la nulidad de una cláusula de un contrato no determina la invalidez del todo el negocio jurídico a menos que este no pueda subsistir sin ella. Las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden darlo por terminado de manera discrecional o «a conveniencia» de una de las partes también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación. Siendo absolutamente nula la cláusula que prevé la posibilidad de que la Administración de por terminado de manera unilateral el contrato de arrendamiento, son también nulos los actos administrativos que terminaron el contrato con fundamento en esa facultad y por consiguiente no se equivocó el Tribunal cuando así lo decidió.

DAÑO ANTIJURIDICO – Obligación – Existencia – Cuantía

Se recuerda que causar un daño genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Presupuesto procesal

La falta de legitimación en la causa no es un presupuesto procesal y por ende su ausencia no conduce a la inhibición sino a desestimar las pretensiones que aduce el no legitimado o a negarlas en relación con el demandado que carece de ella.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C, ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00027-01(24510)

Actor: MARIO GUETIERREZ DIAZ Y CONSUELO HERNANDEZ GUTIERREZ

Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 29 de octubre de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se inhibió de decidir respecto de la Nación – Rama Judicial por falta de legitimación en la causa, declaró la nulidad de las Resoluciones números 151 del 29 de febrero, 160 del 6 de marzo y 194 del 11 de marzo de 1996 y, finalmente, condenó a la Fiscalía General de la Nación al pago de los cánones de arrendamiento que faltaban para la terminación del contrato No. 003 de 1995.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 9 de febrero de 1998¹, **Mario Gutiérrez Díaz y Consuelo Hernández Gutiérrez** presentaron demanda contra la **Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación** solicitando que se declarara que entre el primero de los antes nombrados y la demandada se celebró el contrato de arrendamiento No. 003 del 1 de marzo de 1995 así como su prórroga suscrita bajo el No. 003 del 1 de enero de 1997.

Solicitaron también la declaratoria de nulidad de la cláusula Décimo Tercera del contrato de arrendamiento No. 003 del 1 de marzo de 1995, así como de las Resoluciones números 151 del 29 de febrero de 1996, 160 del 6 de marzo de 1996 y 194 del 11 de marzo de 1996, por medio de las cuales se dio por terminado el contrato de arrendamiento y se confirmó esta decisión.

Pidieron además que se declarara que la accionada incumplió el contrato No. 003 del 1 de marzo 1995 así como su prórroga del 1 de enero de 1996.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitaron que se condenara a la parte demandada al reconocimiento y pago del equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes, a título de indemnización de los perjuicios morales, y de las sumas de \$2'000.000 y \$19'890.000, debidamente actualizadas y remuneradas con intereses, por concepto de daño emergente y de lucro cesante.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 1 de marzo de 1995, Consuelo Hernández Gutiérrez, en calidad de representante de Mario Gutiérrez Díaz, y la Fiscalía General de la Nación, celebraron el contrato de arrendamiento No. 003 en virtud del cual aquella se obligó a entregar a ésta el inmueble ubicado en la carrera 31 # 36 – 40 de la ciudad de Villavicencio para que allí funcionaran las oficinas de la Fiscalía General de la Nación - Seccional Villavicencio.

El término de duración del contrato se fijó en 9 meses y 15 días contados a partir del 16 de marzo de 1995 y por consiguiente su vencimiento acaecería el 31 de diciembre del mismo año.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$16'150.000 el cual sería cancelado en cánones mensuales de \$1'700.000, monto éste último que se incrementaría en el mismo porcentaje de variación del IPC, si se llegare a prorrogar el contrato.

El 1 de enero de 1996 las partes acordaron prorrogar por 12 meses más el contrato de arrendamiento y por consiguiente, en razón de la actualización del IPC, el valor de la renta ascendió a la suma de \$23'868.000, la que se cancelaría en cánones mensuales de \$1'989.000.

El 29 de febrero de 1996, la Fiscalía General de la Nación Seccional – Villavicencio - expidió la Resolución No. 151 por medio de la cual terminó de manera unilateral el contrato de arrendamiento a partir del 4 de marzo de 1996, con fundamento en que el numeral 1º del artículo 17 de la ley 80 de 1993 la facultaba para ello si las necesidades del servicio público así lo exigían.

¹ Folios 2 a 9 del c No. 1.

El 1º de marzo de 1996 el arrendador interpuso el recurso de reposición contra esta decisión, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 160 del 6 de marzo de 1996 en la que se confirmó lo ya resuelto.

El 8 de marzo de 1996 el arrendador interpuso el recurso de apelación contra la Resolución No. 160 de 1996, al cual no se le dio trámite por ser extemporáneo tal como se decidió la Resolución No. 194 del 11 de marzo de 1996.

El 17 de mayo de 1996 las partes suscribieron el Acta de Entrega del inmueble arrendado pero allí la parte demandante dejó constancia de que lo recibiría una vez estuviera en las mismas condiciones físicas en que fue entregado.

En agosto de 1996, pese a que la entidad demandada no realizó las reparaciones locativas pertinentes, el demandante recibió el inmueble arrendado sin que a la fecha de la presentación de la demanda haya podido ser arrendado nuevamente por los daños que presenta.

El 10 de julio de 1996 el demandante solicitó una audiencia de conciliación prejudicial la cual se llevó a cabo el 16 de agosto ante el Procurador 48 en lo Judicial.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiadas las demandadas del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y las accionadas le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada una audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por éstas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 29 de octubre de 2002 el Tribunal Administrativo del Meta se inhibió de decidir respecto de la Nación – Rama Judicial por falta de legitimación en la causa, declaró la nulidad de las resoluciones números 151 del 29 de febrero, 160 del 6 de marzo y 194 del 11 de marzo de 1996 y, finalmente, condenó a la Fiscalía General de la Nación al pago de los cánones de arrendamiento que faltaban para la terminación del contrato No. 003 de 1995.

Para tomar ésta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

En primer lugar, el sentenciador de primera instancia considera que la Rama Judicial no está legitimada para actuar en el proceso en razón a que el contrato objeto de la presente controversia fue suscrito por la Fiscalía General de la Nación quien, en los términos del artículo 49 de la ley 446 de 1998, actúa como representante de la Nación sin que se requiera de la participación o solidaridad de aquella.

Luego de reproducir los hechos y las pretensiones de la demanda y de hacer un recuento de la actuación surtida, el *a quo* empieza por valorar la masa probatoria y concluye que se encuentra probada la celebración del contrato de arrendamiento así como la suscripción de su prórroga por un año más.

Como quiera que las partes del contrato No. 003 del 1 de marzo de 1995 fueron Mario Gutiérrez Díaz, quien estuvo representado por Consuelo Hernández de Gutiérrez, y la Fiscalía General de la Nación - Seccional Villavicencio -, el Tribunal sólo se pronuncia sobre los intereses que éstas tengan en el proceso toda vez que son estas las que están legitimadas sustancialmente para actuar.

El Tribunal considera que la Resolución No. 151 del 29 de febrero de 1996, por medio de la cual se terminó unilateralmente el contrato No. 003 de 1995, así como las resoluciones números 160 y 194 de marzo de 1996, están viciadas de nulidad porque el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 excluye expresamente la utilización de ese poder excepcional en los contratos de arrendamiento.

Por consiguiente, el sentenciador de primera instancia resuelve condenar a la entidad demandada al pago de los cánones de arrendamiento correspondientes al tiempo que restaba para la terminación del contrato No. 003 de 1995, esto es por el período comprendido entre el 4 de marzo de 1996, cuando se dio por terminado el contrato, y el 31 de diciembre de ese mismo año, fecha ésta que fue la pactada para la terminación del arrendamiento.

Adicionalmente, el *a quo* considera que en el expediente no obra prueba que acredite la destrucción del bien arrendado ni la afectación moral del demandante, razón por la cual niega el reconocimiento y pago de la indemnización por concepto de daño emergente y daño moral.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante y la parte demandada interpusieron el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

1. Recurso de la entidad demandada

La Fiscalía General de la Nación solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia con fundamento en que el poder para demandar no fue otorgado por Mario Gutiérrez Díaz quien era el único legitimado en la causa, la acción de nulidad adolecía de caducidad pues los actos administrativos no fueron impugnados dentro de los 4 meses siguientes a su notificación y el arrendador suscribió tanto el contrato No. 003 de 1996 como su prórroga acogiendo entre otras a la cláusula Décimo Tercera.

2. Recurso de la parte actora

La parte demandante solicita la revocatoria del numeral 5º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios morales y materiales ocasionados por la entidad demandada al terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento en razón a que el artículo 1546 del C.C. sobre la condición resolutoria así lo ordena.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser modificada y así lo solicita con fundamento en las siguientes razones:

En primer lugar señala que la cláusula Décima Tercera que consagra facultades exorbitantes a favor de la entidad demandada contravino el postulado del parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 según el cual en los contratos estatales de arrendamiento se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales y en consecuencia, solicita la respectiva declaratoria de ilegalidad.

Como quiera que las Resoluciones 151 y 160 de 1996 se expidieron con fundamento en la cláusula Décimo Tercera, cuya ilegalidad acaba de argüirse, éstos actos administrativos también contravienen lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993.

En segundo lugar advierte que Mario Gutiérrez Díaz sí está legitimado por activa debido a que en el folio 2 consta el poder otorgado por él junto con la respectiva nota de presentación personal realizada ante la Notaría Segunda de Villavicencio.

Finalmente, acoge los argumentos expuestos por el sentenciador de primera instancia para negar la indemnización por concepto de perjuicios morales.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. La parte demandada aduce que ha operado la caducidad de la acción puesto que los actos administrativos impugnados han debido ser demandados dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación y la demanda se presentó el 9 de febrero de 1998.

Para desechar tan frágil argumentación es suficiente recordar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 *“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles... del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”* y que según el numeral 10º del artículo 136 de esta codificación la acción contractual caduca, por regla general, en el término de dos años y *“en cuanto respecta a la impugnación de los actos contractuales, si se busca es el restablecimiento del derecho conculcado con su vigencia, se aplica en cuanto norma especial en materia contractual la norma de caducidad del artículo 136.10 CCA que es de 2 años, pero contados en los mismos términos de lo dispuesto en el numeral 2 de la misma disposición para la acción de restablecimiento del derecho, es decir, “ a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso”*², pero por supuesto sin perjuicio de lo previsto en los literales siguientes de este numeral.

2. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional³ o con abuso o desviación de poder.⁴

² J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho administrativo*. t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 290-291.

³ Numeral 2º.

⁴ Numeral 3º.

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,⁵ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

Ahora, el artículo 47 de esa misma ley prevé que la nulidad de una cláusula de un contrato no determina la invalidez del todo el negocio jurídico a menos que este no pueda subsistir sin ella.

Con otras palabras, la nulidad de una cláusula contractual solamente vicia a todo el contrato cuando la cláusula nula corresponde a una que contiene alguno, varios o todos los elementos estructurales del esquema negocial de que se trata.

3. El artículo 365 de la Constitución Política señala que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* que es deber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*⁶

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.⁷

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

⁶ Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o *ad nutum*.

Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado,⁸ no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden

Aún más, pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o “*a conveniencia*” de una de las partes (así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante) también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación.

En efecto, si, de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser “*debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público,*”⁹ un pacto semejante resulta siendo el mejor indicativo de la improvisación.

Y es que “*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 para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles 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 por medio de los negocios estatales.*”

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.”¹⁰

Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración

⁸ Sobre las nuevas tendencias en torno a la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado véase: R. Molina Morales. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*. En Revista de Derecho Privado, No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 125-158; F. Navia Arroyo. *La terminación unilateral del contrato de derecho privado*. En Revista de Derecho Privado, No. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 35-67; E. Rengifo García. *La Terminación y la Resolución Unilateral del Contrato*. Estudios de Derecho Privado, Tomo II, Universidad del Rosario, 2009; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, expediente 1999-01957-01.

⁹ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.

¹⁰ *Ibidem*.

para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley.

Sobre estos aspectos el Consejo de Estado ha expresado:

“En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma.

Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.”¹¹

Con otras palabras, todo lo anterior significa que la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista.

Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verterse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista.

4. El párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 perentoriamente dispone que en los contratos de arrendamiento que celebren las entidades estatales “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”, quedando entonces comprendida dentro de esta prohibición la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato.

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

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

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

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

¹¹ Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, Expediente 19483.

5. Según lo dispuesto por el artículo 1505 del C. C. y por el artículo 833 del Código de Comercio, los actos que una persona celebre o ejecute a nombre de otra estando facultada por esta para ello, produce efectos directamente frente al representado pues es tanto como si hubiera actuado él mismo.

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

6. La responsabilidad civil persigue la reparación del daño y es por esto que cuando de alguien se predica que es civilmente responsable, simplemente se está diciendo que debe reparar el daño causado.

El daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual.

Pero en uno y en otro caso, si la responsabilidad civil consiste en el deber de reparar el daño, se puede afirmar que por regla general no hay responsabilidad civil si no hay daño.

Así que entonces, generalmente, toda indagación sobre una responsabilidad civil debe comenzar precisamente por dilucidar si ha habido daño porque la inexistencia de este haría inútil la averiguación de los otros elementos de la responsabilidad.

Ahora, como en la responsabilidad contractual el daño, excluyendo obviamente la prestación, es la merma patrimonial que se padece, las ventajas que se dejan de percibir y en muy raros casos la congoja o pena que se sufre, es evidente que un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Por lo tanto no es cierto que basta con incumplir la obligación para que haya daño.

Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *"incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que *"incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta."*

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y su cuantificación sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a su cuantía, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia y la magnitud de la lesión, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.

7. La legitimación en la causa consiste, de un lado, en ser el titular de la relación jurídica, del derecho o del interés que se invoca como fundamento de las pretensiones que se aducen, y, de otro lado, en ser el sujeto frente a quien deben aducirse y controvertirse esas concretas pretensiones.

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

Luego, la falta de legitimación en la causa jamás conduce a una sentencia inhibitoria sino a una decisión de fondo que desestima las pretensiones de la demanda en relación o frente a quienes no están legitimados, según sea el caso.

Así que entonces el Tribunal se equivoca cuando al encontrar que uno de los demandados no está legitimado en la causa, procede a inhibirse de decidir de fondo frente a él.

8. En el asunto que ahora se revisa por la vía de la apelación aparece demostrado que la señora **CONSUELO HERNÁNDEZ DE GUTIÉRREZ**, obrando en nombre y representación del señor **MARIO GUTIÉRREZ DÍAZ** según poder que obra en el expediente¹², celebró con la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** un contrato de arrendamiento sobre un inmueble.¹³

De acuerdo con el apoderamiento que se le dio a la señora **CONSUELO HERNÁNDEZ DE GUTIÉRREZ**, la representante tenía facultades sin limitación alguna para, entre otros negocios jurídicos, celebrar contratos de arrendamiento sobre el inmueble que allí se menciona y que es el mismo que le fue arrendado a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En estas circunstancias la apoderada no solo contaba con facultades para la etapa de la celebración del arrendamiento sino también para la de la ejecución y desde luego para la posterior a esta.

Si a esto se le agrega que en la demanda se pretende para el el representado **MARIO GUTIÉRREZ DÍAZ**, se hace evidente que no se configura la alegada falta de legitimación por activa que alega la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** puesto que, se repite, **CONSUELO HERNÁNDEZ DE GUTIÉRREZ** obra en nombre y representación de **MARIO GUTIÉRREZ DÍAZ** y para este se pide en la demanda.

¹² Folio 18 del c. No. 1.

¹³ Folios 15 a 17 del c. No. 1.

Ahora, en cuanto a la falta de legitimación en la causa que el Tribunal dedujo en relación con **LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL**, decisión esta que no fue cuestionada por ninguna de las partes, se debe enmendar el yerro en que incurrió el *a quo* al inhibirse de decidir de fondo frente a este demandado por aquel motivo.

Ya se dijo que la falta de legitimación en la causa no es un presupuesto procesal y por ende su ausencia no conduce a la inhibición sino a desestimar las pretensiones que aduce el no legitimado o a negarlas en relación con el demandado que carece de ella.

Por consiguiente la sentencia apelada se corregirá en este sentido.

En la cláusula Décimo Tercera de ese contrato se pactó que el arrendamiento se regiría, entre otros, por el principio de terminación unilateral, estipulación esta que va en contra de la expresa prohibición consignada en el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que ordena prescindir en esta clase de contratos de las potestades excepcionales.

Luego en tales circunstancias se trata de la celebración de un pacto contra expresa prohibición legal que se sanciona con nulidad absoluta tal como lo prevé el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Y como quiera que esta cláusula no se refiere a los elementos estructurales del arrendamiento, la nulidad de ella no se extiende a todo el contrato.

Ahora, habiendo solicitado la parte demandante la nulidad de esa cláusula, lo procedente era decretar la peticionada nulidad y como así no lo hizo el *a quo* en esta segunda instancia se hará.

Siendo absolutamente nula la cláusula que prevé la posibilidad de que la Administración de por terminado de manera unilateral el contrato de arrendamiento, son también nulos los actos administrativos que terminaron el contrato con fundamento en esa facultad y por consiguiente no se equivocó el Tribunal cuando así lo decidió.

Finalmente, se recuerda que causar un daño genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Y como quiera que en este caso brilla por su ausencia la demostración del daño causado así como la cuantía del perjuicio, era consecuencia obligada la denegación de las pretensiones indemnizatorias que adujo la parte demandante.

Como así lo vio y lo decidió el *a quo*, la sentencia apelada debe confirmarse en este punto.

También merece ser confirmada la condena a pagar los canones de arrendamiento que faltaban para la terminación de la prórroga del contrato de arrendamiento, pues esta decisión no sólo no fue cuestionada por las partes sino que además se ajusta a lo preceptuado por el artículo 2003 del Código Civil que aquí resulta aplicable de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.

En síntesis, la sentencia apelada será reformada para decretar la nulidad absoluta de la cláusula Décimo Tercera del contrato de arrendamiento que celebraron las partes, para revocar la decisión inhibitoria en relación con **LA NACIÓN –RAMA JUDICIAL** y en su lugar declarar la falta de legitimación en la causa de este demandado, y finalmente para confirmarla en lo demás.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REFORMAR LA SENTENCIA APELADA la cual queda así:

- 1. DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de la cláusula Décimo Tercera del contrato de arrendamiento No. 003 de 1995 que celebraron las partes, por haberse pactado contra expresa prohibición legal.
- 2. REVOCAR LA INHIBICIÓN** frente a **LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL** y en su lugar **DECLARAR** que este demandado **NO ESTÁ LEGITIMADO EN LA CAUSA.**
- 3. DECRETAR LA NULIDAD** de las Resoluciones números 151 del 29 de febrero, 160 del 6 de marzo y 194 del 11 de marzo de 1996, por medio de las cuales se ordenó la terminación unilateral del contrato de arrendamiento No. 003 de 1995 celebrado con el señor **MARIO GUTIÉRREZ DÍAZ**, se confirmó esta decisión y se negó un recurso de apelación.
- 4. CONDENAR** a la demandada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar los cánones de arrendamiento por el tiempo que faltaba desde la fecha de la terminación unilateral del contrato hasta el día en que debía terminarse de acuerdo con la prórroga pactada.
- 5. ORDENAR QUE ESTA SENTENCIA** se cumpla de conformidad con lo previsto por los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.
- 6. NEGAR LAS RESTANTES PRETENSIONES** de la demanda.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente