

CONTRATACIÓN ESTATAL – Finalidad

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.

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.

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.

TERMINACIÓN UNILATERAL – Estipulaciones

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, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.

[...] 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 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.» 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.

[...] «Así que el verdadero vicio que ostenta... es el haberse expedido... con fundamento en una causa que no está prevista en la ley, pues aquella cláusula 12ª contractual que permite su terminación unilateral y discrecional, o ad nutum, es ilegal, no sólo porque no se corresponde con una de las causas enlistadas legalmente para ponerle fin al contrato estatal sino también, y esta es la razón fundamental, porque es contraria al servicio público y al interés general ya que obligatoriamente toda la actividad de las partes debe enderezarse hacia la ejecución del objeto contractual y no hacia su inejecución.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 52001-23-31-000-2000-21279-01(25681)

Actor: LEASING DE OCCIDENTE S. A.

Demandado: MUNICIPIO DE MOCOA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de julio de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 8 de noviembre de 2000¹, **Leasing de Occidente S.A.** presentó demanda contra el **Municipio de Mocoa** solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato del leasing No. 11118 de 1997.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se declarara la resolución del contrato y que se ordenara al accionado la restitución del bien objeto del contrato de arrendamiento.

Agregado a lo anterior, pidió que se ordenara la medida previa de secuestro del bien cuya restitución se demanda.

Estimó la cuantía en \$129'712.200, valor éste que corresponde al del bien objeto del contrato de leasing de arrendamiento.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 18 de diciembre de 1997, la demandante y el demandado celebraron el contrato de leasing No.11118 cuyo objeto es el arrendamiento financiero de un vehículo recolector-compactador de basura.

El término de duración del contrato se fijó en 60 meses contados a partir del 30 de diciembre de 1997 y, en consecuencia, su vencimiento acaecería el 30 de diciembre de 2002.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$129.712.200 la cual sería cancelada a través de cánones mensuales que se ajustarían según la tasa DTF adicionada en 8 puntos.

El Locatario está en mora de cancelar la suma de \$28'731.685 correspondiente a los cánones de arrendamiento de los meses de mayo a septiembre de 2000.

¹ Folios 1 a 4 del c No. 1.

Las cláusulas quinta y décima primera estipulan que en caso de mora en el pago de los cánones de arrendamiento el Leasing queda facultado para terminar el contrato y el Locatario, para desistir de continuar con la tenencia del bien arrendado.

Ante la mora del Municipio de Mocoa, la compañía de Leasing decidió dar por terminado el contrato.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio 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 y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por éste.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 4 de julio de 2003 el Tribunal Administrativo de Nariño denegó las súplicas de la demanda.

Para tomar ésta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

La actora no acreditó la existencia del contrato de leasing No. 11118 de 1997 cuyo incumplimiento y consecuente declaratoria de resolución constituyen el objeto de sus pretensiones pues no allegó el contrato original sino una copia auténtica que no es confiable toda vez que el Notario Segundo del Circuito de Pasto dio fe de su autenticidad el 3 de octubre de 2000 cuando ya había transcurrido tres años desde la suscripción del contrato original y éste reposaba en los archivos del municipio de Mocoa.

Adicionalmente, el Tribunal trajo a cuenta una jurisprudencia de esta Corporación para señalar que a la hora de acreditar la existencia del contrato también es necesario allegar el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal, la garantía única y el acto aprobatorio de ésta.

Las pretensiones de la demanda están destinadas al fracaso porque no es posible declarar el incumplimiento y la consecuente resolución de un contrato cuya existencia no se acreditó.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal incurrió en una denegación de justicia al declarar no probado un contrato cuya existencia fue admitida tanto por la compañía Leasing de Occidente como por el Municipio de Mocoa.

La apelante sostiene que el Tribunal realizó un razonamiento errado al afirmar que el contrato original sólo podía estar en manos del Municipio y que, por consiguiente, Leasing de Occidente no estaba en posibilidad de presentarlo en la diligencia de autenticación pues en el proceso contencioso ejecutivo No. 00-1170 entre las mismas partes, Leasing ya había presentado el contrato original que reposaba en sus archivos.

Por otro lado, la recurrente señala que el Tribunal incurrió en un prevaricato por omisión porque pese a que advirtió que se había configurado el delito de falsedad documental se abstuvo de impulsar copias para iniciar la respectiva investigación penal.

También considera que el Tribunal realizó un juicio errado al declarar no probada la existencia del contrato No. 11118 de 1997 con fundamento en que el actor no allegó el registro presupuestal, el certificado de disponibilidad presupuestal, la garantía única y el acto aprobatorio de ésta.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

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

V. CONSIDERACIONES

1. En anterior oportunidad esta Subsección expresó que *“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.”²

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.³

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

² 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. (La cita corresponde al texto citado).

³ 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>. (La cita corresponde al texto citado).

de carácter general.

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,⁴ no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.

(...) 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 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.”⁵

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.

(...) Así que el verdadero vicio que ostenta... es el haberse expedido... con fundamento en una causa que no está prevista en la ley, pues aquella cláusula 12^a contractual que permite su terminación unilateral y discrecional, o ad nutum, es ilegal, no sólo porque no se corresponde con una de las causas enlistadas

⁴ 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. (La cita corresponde al texto citado).

⁵ Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, Expediente 19483. (La cita corresponde al texto citado).

*legalmente para ponerle fin al contrato estatal sino también, y esta es la razón fundamental, porque es contraria al servicio público y al interés general ya que obligatoriamente toda la actividad de las partes debe enderezarse hacia la ejecución del objeto contractual y no hacia su inejecución.*⁶

1. 1. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales “*para el cumplimiento de los fines de la contratación*”, tienen a su cargo la dirección, control y vigilancia de la ejecución del contrato y por consiguiente, “*con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*”, pueden tomar, entre otras medidas, la decisión unilateral de dar por terminado el contrato.

Esta facultad se entiende incorporada en la mayoría de los contratos estatales y es catalogada por la Ley 80 de 1993 como un poder excepcional al derecho común.

El que sea un poder excepcional significa que a la administración se le concede una potestad que rompe con la posición simétrica que en principio debe tener cada parte dentro de un contrato y que, por consiguiente, la entidad estatal se coloca contractualmente en una situación de privilegio ya que sólo ella tiene el correspondiente poder especial y sólo ella puede usarlo legítimamente.

Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que ese poder solamente lo tiene la entidad estatal y nunca el contratista.

En efecto, si también la tuviera el contratista, es evidente que este al hacer uso de ese poder lo haría para privilegiar y satisfacer su interés individual en detrimento de la satisfacción del interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante la ejecución del objeto contractual.

De otra manera, si lo tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer.

Y si sólo lo tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general.

Así que entonces, en resumen, la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato estatal sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que esa facultad sólo puede ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, Expediente 19.730.

Luego de lo enantes razonado se desprende que si en un contrato estatal se pacta que el contratista puede dar por terminado unilateralmente el contrato, aún en el evento del incumplimiento de la entidad estatal, ese pacto contraviene norma imperativa al privelegiar el interés individual sobre el interés general que envuelve la prestación del servicio público que se pretende prestar con la ejecución del objeto contractual.

Todo lo cual, como ya se dijo, sin perjuicio de los derechos del contratista y de lo que la ley dispone para los casos de nulidad sustancial.

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 constitucional⁷ o con abuso o desviación de poder.⁸

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,⁹ 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 de todo el negocio jurídico a menos que 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. En el asunto que ahora se revisa por la vía de la alzada la demandante pretende estas tres cosas: la primera, que se declare que el municipio demandado incumplió el contrato de leasing No. 1118; la segunda, que consecuentemente se declare resuelto el citado contrato; y la tercera, que se ordene la restitución del bien materia del arrendamiento financiero.¹⁰

La demandante en ningún momento solicita la indemnización de los perjuicios que se hubieren podido causar con el incumplimiento del demandado.

El petitum lo fundamenta la demandante en que el Municipio de Mocoa se encuentra en mora de pagar la suma de \$28.731.685 correspondiente a cánones de arrendamiento financiero y que como quiera que las cláusulas quinta y décima primera del contrato de leasing consagran la facultad para Leasing de Occidente S. A. de dar por terminado el contrato cuando, entre otras causas, se incurra en mora en el pago de la renta, ella ha decidido darlo por terminado y por ello

⁷ Numeral 2º.

⁸ Numeral 3º.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

¹⁰ Folio 2 del c. No. 1.

procede a solicitarle al juez que así lo declare.¹¹

Con otras palabras, la sociedad demandante, solicitando el concurso del juez para que así lo declare, ha ejercido la supuesta facultad contractual de dar por terminado el contrato ante el evento del incumplimiento del Municipio de Mocoa argumentando que tal poder se le concedió en las cláusulas quinta y décimo primera del negocio jurídico que las partes celebraron.

Evidentemente en tales cláusulas se conviene que la sociedad Leasing de Occidente S. A. puede decidir dar por terminado el contrato si el arrendatario financiero incurre en mora en el pago de la renta,¹² empero como conceder semejante facultad para el contratista de un contrato estatal contraviene norma imperativa por las razones que atrás se indicaron, es conclusión obligada que ellas son nulas en cuanto le hacen esa concesión al contratista.

Ahora, como la parte nula de esas cláusulas no comprende los elementos estructurales del contrato de arrendamiento financiero, resulta claro que la nulidad no se extiende a todo el contrato.

En consecuencia, como Leasing de Occidente S. A. no tiene ni puede tener la facultad excepcional de terminar unilateralmente el contrato de leasing que celebró con el Municipio de Mocoa y como sobre ese poder excepcional es que la demandante edifica sus pedimentos, también es claro que están condenadas al fracaso tanto la pretensión de que el juez declare que el contrato está terminado así como la de restitución del bien entregado en leasing.

No ocurre lo mismo con la pretensión de que se declare que el Municipio de Mocoa incumplió el contrato de leasing por encontrarse en mora de pagar varios cánones de arrendamiento financiero puesto que este es un hecho que el mismo demandado acepta en la contestación de la demanda.¹³

En conclusión como el *a quo* negó la totalidad de las pretensiones con fundamento en que el contrato no estaba probado, pese a existir copia auténtica de él en el expediente,¹⁴ la sentencia apelada será reformada para decretar la nulidad de las cláusulas quinta y décimo primera del contrato de leasing en cuanto le conceden a la sociedad Leasing de Occidente S. A. la facultad de dar por terminado el contrato, para acoger la pretensión de declarar el incumplimiento del contrato y finalmente para negar los restantes pedimentos de la demanda.

Como consideración final debe expresarse que si se argumentara que para concluir que es improcedente el pacto de la cláusula excepcional de terminación unilateral en un contrato de leasing o arrendamiento financiero bastaba con atender el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que ordena prescindir de la utilización de las cláusulas excepcionales en los contratos de arrendamiento, se replicaría diciendo que dos cosas diferentes son el contrato de arrendamiento y el contrato de arrendamiento financiero y que como quiera que las excepciones sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales son de interpretación restrictiva y no se pueden aplicar analógicamente, debe concluirse que aquella restricción no procede en el contrato de leasing y mucho menos cuando con el bien que se entrega en leasing se presta un servicio público domiciliario como ocurre en este

¹¹ Folios 1 y 2 del c. No. 1.

¹² Folios 6 y 8 del c. No. 1.

¹³ Folio 37 del c. No. 1.

¹⁴ Folios 5 a 13 del c. No. 1.

caso.¹⁵

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,

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR la sentencia apelada la cual quedará así:

1. DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA de las cláusulas quinta y décima primera del contrato de leasing en cuanto le conceden a la sociedad Leasing de Occidente S. A. la facultad excepcional de dar por terminado el contrato.

2. DECLARAR que el Municipio de Mocoa incumplió el contrato de leasing No. 1118 al incurrir en mora en el pago de varios cánones de arrendamiento financiero.

3. NEGAR las restantes pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvó parcialmente voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

¹⁵ Confrontar el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.