

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Contrato de derecho privado de la administración. Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Contrato de arrendamiento. Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Cláusula de caducidad. Jurisdicción contenciosa administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Contrato de derecho privado de la administración. Cláusula de caducidad / CLAUSULA DE CADUCIDAD - Contrato de derecho privado de la administración. Jurisdicción contenciosa administrativa**

En el caso concreto las partes celebraron un contrato de arrendamiento el 17 de mayo de 1992, que se somete a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983. El artículo 16 de esa normatividad, no incluyó al arrendamiento dentro de los denominados “contratos administrativos”, por lo cual ha sido considerado por la jurisprudencia como un contrato “de derecho privado de la Administración”. Esa disposición enlistó los contratos administrativos y estableció que “son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que la ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad” (se subraya). Adicionalmente, la Ley 19 de 1982, con base en la cual se profirió el Decreto Ley 222 de 1983, reiteró la disposición transcrita y agregó que serían del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los que se hubiese pactado la cláusula de caducidad (artículo 4). De las anteriores disposiciones se desprende que las partes bien podían incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración y si ello ocurría, los litigios que se derivados de los mismos son conocidos por esta jurisdicción. De este modo, se concluye que en el contrato de arrendamiento celebrado las partes podían pactar válidamente la caducidad contractual, como en efecto ocurrió y el convenio quedó sometido a: i) las disposiciones del Decreto 222 de 1983 en lo que respecta a los efectos del contrato, las responsabilidades y la caducidad del mismo; ii) a las normas del Código Fiscal de Cundinamarca en lo relativo a su formación y a las cláusulas reguladas en él, conforme a los intereses del municipio y a las necesidades del servicio y iii) a las normas del derecho privado que regulan el contrato de arrendamiento, salvo en lo que tiene que ver con la caducidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 4 de diciembre de 2006 Exp. 15239 Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo las sentencias del 20 de abril de 2005. Exp.22513 Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra y del 6 de julio del 2005, Exp.12249. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández que a su vez reiteró los pronunciamientos del 15 de febrero de 1999, expediente 11194, del 26 de septiembre de 2002, expediente 12425 y del 29 de noviembre de 2004, expediente 20190. Sentencia del 4 de diciembre del 2006 Expediente 15.239 Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01098-01(16707)**

**Actor: DORA EMILIA HERRERA DE LOPEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DEL COLEGIO**

**Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de marzo de 1999, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera dispuso:

*“PRIMERA. De oficio se declara probada la excepción de contrato no cumplido.*

*SEGUNDA. Declárase la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad del contrato de arrendamiento celebrado, el día 17 de mayo de 1992, entre el Municipio de El Colegio y la señora Emilia Herrera, contenido en las resoluciones números 126 y 1359 de 1993.*

*TERCERA. Declárase el incumplimiento contractual de El Municipio de El Colegio.*

*CUARTA. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.*

*QUINTA. Sin condena en costas para el demandante.*

*SEXTA. Con condena en costas para el demandado” (fols.83 a 100 c. ppal).*

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

Mediante escrito presentado el 22 de junio de 1995, la señora Dora Emilia Herrera de López demandó al municipio de El Colegio, en ejercicio acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

## **1.1. Pretensiones**

*“1.1. Es nula la resolución N° 126 de agosto 27 de 1993 proferida por el Alcalde Municipal de El Colegio (Cund), en cuanto declaró la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento celebrado entre el municipio de El Colegio (Cund), y DORA EMILIA HERRERA DE LÓPEZ y ordenó practicar la liquidación del contrato incluyendo en ella la cláusula penal pecuniaria a cargo del contratista o de JORGE ELIECER MANOSALVA R para hacerla efectiva por jurisdicción coactiva, así como la restitución del inmueble.*

*1.2. Es nula la Resolución Administrativa N° 1359 de octubre 10 de 1993, proferida por el Alcalde Municipal de El Colegio (Cund), que revocó parcialmente la mencionada en el numeral anterior.*

*1.3. Como consecuencia de la anterior decisión, se declare que el municipio de EL Colegio (Cund), incumplió el contrato de arrendamiento celebrado con DORA EMILIA HERRERA DE LÓPEZ, el día 17 de mayo de 1992, cuyo inmueble es el local número 4 ubicado dentro de las instalaciones del terminal de transportes.*

*1.4. Se condene al municipio de El Colegio (Cund) como arrendador, a indemnizar al arrendatario DORA EMILIA HERRERA DE LÓPEZ con el pago de la totalidad de los perjuicios de toda índole de que resultó posible, perjuicios que conllevan la utilidad y el lucro cesante acumulados que se establezcan dentro del proceso en relación al local objeto del contrato, durante un término de setenta y dos (72) meses contados a partir del 17 de mayo de 1992 sumas de dinero que se actualizarán con los IPC correspondientes e intereses legales.*

*1.5. Las sumas liquidas ganarán intereses corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios del vencimiento de ese término hasta el pago.*

*1.6. Para el cumplimiento del fallo se aplicarán los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.” (fols. 2 y 3 c. ppal).*

## **1.2. Hechos**

Como sustento de sus pretensiones, el demandante expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

.- El 17 de mayo de 1992 el municipio de El Colegio celebró un contrato de arrendamiento con la señora Dora Emilia Herrera de López.

.- Mediante Resolución N° 126 del 27 de agosto de 1993, se declaró la caducidad administrativa del contrato, se ordenó practicar la liquidación del mismo incluyendo la cláusula penal pecuniaria pactada y se dispuso la restitución del inmueble.

.- A diferencia del municipio de El Colegio, que incumplió flagrantemente las obligaciones emanadas del contrato, el contratista cumplió con todas las prestaciones derivadas del mismo, razón por la cual no era viable declarar la caducidad.

.- La declaratoria de caducidad le causó a la parte actora graves perjuicios materiales en la medida en que dejó de percibir utilidades durante el término de duración del contrato y durante la posible prórroga del mismo. Adicionalmente, el demandante realizó una cuantiosa inversión en implementos y equipos con destino al negocio que iba a funcionar en el local arrendado, lo cual se frustró en su totalidad, por el abuso de poder de la administración.

.- El contratista interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 126 de 1993 el cual se resolvió mediante acto administrativo N° 1359 del 10 de octubre de 1993, en el sentido de revocar las órdenes de liquidación del contrato con inclusión de la cláusula penal y la efectividad de la misma por jurisdicción coactiva. El 10 de octubre de 1993, el arrendatario se notificó personalmente de esta última Resolución y, la restitución del inmueble se efectuó el 16 de agosto de 1994 (fols. 3 y 4 c.1).

## **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora afirmó que, con las resoluciones impugnadas, la demandada desconoció el literal f del artículo 62 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 83 de la Constitución.

Sostuvo que la causal que invocó el municipio para declarar la caducidad del contrato se tornó inexistente por voluntad de la propia administración, pues así lo indican las consideraciones de la Resolución N° 1359 del 10 de octubre de 1993, que de manera *“injurídica e ilógica”*, revocó parcialmente el acto administrativo que declaró la caducidad.

Dijo que el Municipio de El Colegio debió revocar en su totalidad el acto administrativo impugnado, en la medida en que aceptó todos los argumentos jurídicos planteados en el recurso de reposición. No obstante dejó vigente la declaratoria de caducidad del contrato.

Agregó que en el acto administrativo en mención, el municipio demandado aceptó los errores que cometió, los cuales no tienen porque afectar al contratista de buena fe (fols. 5 a 8 c. 1).

## **2. Actuación procesal en primera instancia.**

2.1. Mediante auto del 10 de julio de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso la corrección de la demanda toda vez que el actor no determinó la cuantía. Subsanado el defecto formal, la admitió por auto del 4 de agosto de 1995, el cual fue notificado al demandado el 24 de octubre siguiente (fols. 16 y 18 c. ppal).

2.2. El municipio de El Colegio contestó la demanda de manera extemporánea mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones, reconoció como ciertos algunos hechos, negó la ocurrencia de otros y afirmó que no le costaban los restantes.

Sostuvo:

*“los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato de arrendamiento, descansan sobre la negación indefinida de que la arrendataria no canceló los cánones de arrendamiento a que se había obligado, pura y simplemente, como dice el contrato, incumplimiento que, conforme a la ley y al contrato mismo, generó para la Administración el*

*ejercicio de su facultad exorbitante de declarar la caducidad y recuperar el inmueble entregado en tenencia.*

*Son completamente ajenas a este caso las argumentaciones que plantea la demanda” (fols. 31 y 32 c. ppal).*

### **3. La sentencia recurrida.**

Mediante sentencia del 25 de marzo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de contrato no cumplido, la nulidad del acto mediante el cual se declaró la caducidad, el incumplimiento contractual del municipio de El Colegio, negó las demás súplicas de la demanda y condenó en costas al demandado.

Analizó las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y afirmó que como el contrato se celebró en vigencia del Decreto 222 de 1983, las partes podían pactar cláusulas exorbitantes, como en efecto ocurrió.

Sostuvo que el municipio aplicó en forma indebida lo previsto en el literal f del artículo 62 del Decreto 222, por lo que el acto impugnado adolece de nulidad.

Al efecto, consideró:

*“Los supuestos de hecho que ameritan utilizar el poder exorbitante de caducidad, salvo en casos especiales, tienen que partir de que la situación causal imposibilite el ‘orden exacto del cumplimiento del contrato’ por alguna causal legal o por otras, pactadas por las partes.*

*Respecto de las de previsión legal debe destacarse lo dicho anteriormente, concerniente a la dificultad de dar orden exacto al cumplimiento del contrato. En el caso bajo juicio es razonable que tal circunstancia no se dio, por cuanto por la misma declaración de la Administración Contratante, contenida en la resolución revocatoria parcial de la principal, era hecho cierto de que su propia conducta, no haber dado apertura del Terminal de Transportes, impedía el exacto cumplimiento del contrato por parte del contratista.*

*En efecto:*

*Si bien la administración dio la tenencia al arrendador, cuyo título fue el mismo contrato, debe resaltarse que el objeto de éste no fue solo dar en tenencia el inmueble al arrendatario, sino permitirle realizar la finalidad de la misma, cual fue la destinación: juegos electrónicos.*

*A más de que el contratista no estaba en posibilidad de ejecutar su derecho de tenedor con la finalidad aludida, hecho que por si solo conduce al fallador a determinar que la caducidad no podía declararse, también ocurre que por otro aspecto, punto de vista de la administración, tampoco podía utilizar la cláusula exorbitante en comento.*

*No solo en derecho sino en justicia la Administración no podía caducar, por la falta de pago del canon.*

*Formalmente, en apariencia, el canon se causaría por el arrendatario y en favor del arrendador, a partir de la concreción de situación jurídica de tenedor, Pero lo cierto es que esta tenencia era cualificada, tener la cosa para la dedicación de juegos electrónicos en una terminal de Transportes. Pero en realidad ello se imposibilitó porque las puertas de la Terminal estaban cerradas para el público, y el acceso a los juegos estaba clausurado, porque la finalidad de la obra pública no se había dado en ejecución.*

*Aún desde el punto de vista hipotético de que se tuviera que la falta de pago de canon no era excusable, tampoco así la Administración podía caducar.*

*Se requeriría que del hecho de incumplimiento se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o se causaran perjuicio a la Entidad Estatal, y ello no ocurrió”.*

Afirmó que el arrendador incumplió su obligación de dar el inmueble en tenencia cualificada o en estado de servir y que aunque tal situación era conocida por los contratantes, esto no implicaba que hacia el futuro la administración no estuviera obligada a dar en servicio el Terminal de Transporte, lugar en el que se encontraba el inmueble arrendado.

Adicionalmente, declaró de oficio la excepción de contrato no cumplido: mientras el municipio de El Colegio no diera al servicio el Terminal, no había obligación del arrendatario de pagar el canon.

En lo que tiene que ver con el daño, dijo que el demandante tenía una situación jurídicamente protegida en la ley y concretada en el contrato. Se refirió al dictamen pericial con el que se pretende demostrar el monto de los perjuicios y concluyó que: *i)* la utilidad que habría producido la actividad desplegada en el inmueble arrendado, constituye un hecho incierto que no configura daño, *ii)* si el demandante invoca como título el de arrendatario, no tiene derecho a cobrar el valor de los cánones de arriendo porque de haber producido plenos efectos el contrato, esta sería su prestación contractual y *iii)* que de haberse cumplido la obligación total de dar en tenencia y de asegurar la finalidad del contrato celebrado, los equipos por sí solos no hubieran producido.

Finalmente citó las disposiciones contenidas en los artículos 1990, 1991 y 1992 del Código Civil y con fundamento en ellas afirmó que la ley sanciona el hecho de que las partes ya conocían desde antes el vicio de la cosa, entendido como la falta de la posibilidad de ejecutar el arrendamiento mientras el Terminal de Transportes entrara en servicio, no dándole derecho al arrendatario a la indemnización de perjuicios. Por ello, sostuvo que si no había obligación del arrendatario al pago del canon mientras la situación aludida persistiera, el arrendador tampoco estaba obligado a indemnizar al contratista. Concluyó entonces que el daño no se demostró y que, aún si se hubiera demostrado, no habría lugar a indemnización (fols. 83 a 100 c. ppal).

#### **4. Recurso de apelación.**

4.1. La parte actora interpuso recurso en tiempo recurso de apelación contra el fallo de primera instancia con el objeto de que se revoque en lo desfavorable y se condene a la entidad demandada a la indemnización de perjuicios.

Sostuvo que los perjuicios se demostraron con el dictamen pericial que se aportó al proceso y que no fue objetado por el demandado. Agregó que la afirmación de que el contrato era inejecutable mientras no se diera al servicio la obra pública, es equivocada, porque si éste no se pudo ejecutar fue por la culpa o negligencia de la administración. Dijo que fue precisamente esa inejecución la que generó el daño que debe ser resarcido.

Sostuvo finalmente que las normas del Código Civil que citó el *a-quo* pertenecen a la órbita del derecho privado y que en manera alguna son aplicables a las controversias administrativas contractuales que son del ámbito del derecho público (fols. 102, 111 a 113 c.ppal).

## **5. Actuación en segunda instancia**

5.1 El recurso de apelación se admitió<sup>1</sup> mediante providencia del 3 de septiembre de 1999 y por auto del 30 de septiembre de siguiente se dispuso el traslado para alegatos finales. Dentro de este término las partes guardaron silencio (fols. 105 y 107 c. ppal).

5.2 La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, rindió su concepto en la oportunidad legal, mediante escrito en el que solicitó confirmar la sentencia de instancia.

Sostuvo que el incumplimiento del contratista respecto de su obligación de pagar el canon obedeció a circunstancias imputables a la administración, por lo que esta no debió haber declarado la caducidad del contrato. Agregó que no se acreditó el daño alegado por el actor y sostuvo que el dictamen pericial que obra en el proceso no es lo suficientemente claro. Finalmente precisó que al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, si le son aplicables las normas del Código Civil por expresa disposición del Decreto Ley 222 de 1983, por lo cual aún en el evento de considerar probado el daño alegado, no hay lugar a indemnización alguna comoquiera que el arrendatario conocía el vicio del inmueble objeto del contrato (fols.111 a 122 c. ppal.).

5.3. La doctora Myriam Guerrero de Escobar, Consejera de Estado, manifestó su impedimento para conocer de este proceso con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del C.P.C., toda vez que participó en la discusión y aprobación de la sentencia de primera instancia.

Mediante auto del 26 de febrero de 2008, la Sala aceptó el impedimento manifestado al encontrar acreditada la causal de ley (fols. 127 y 130 c. ppal).

---

<sup>1</sup> El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación mediante auto del 18 de mayo de 1999 (fol. 105 c. ppal).

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia<sup>2</sup>, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del C. C. A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

El apelante cuestiona la sentencia de primera instancia, con el objeto de que se condene al demandado a la indemnización de los perjuicios derivados de su incumplimiento contractual y del acto mediante el cual declaró la caducidad del contrato. Al efecto adujo, en síntesis, que como el incumplimiento es imputable a la administración, esta debe cancelarle el valor de las inversiones que efectuó así como el de las utilidades dejadas de percibir.

Procede la Sala a resolver la cuestión planteada que se circunscribe a la existencia de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato por parte del municipio demandado, previo el análisis de los hechos probados en el proceso.

En consideración a que el Juez de segunda instancia tiene limitada su competencia al objeto querido por el impugnante, se impone precisar que en este caso el actor, en su calidad de apelante único<sup>3</sup>, aspira obtener una decisión favorable a la totalidad de sus pretensiones, a cuyo efecto cuestiona el fallo de primera instancia en lo que le es desfavorable, es decir, en cuanto le negó la indemnización de perjuicios.

Como quiera que los puntos relativos a la excepción de contrato no cumplido, a la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato<sup>4</sup> y al incumplimiento de

---

<sup>2</sup> La pretensión mayor se formuló por concepto de lucro cesante por el monto de \$28.800.000 que para la fecha de presentación de la demanda, 22 de junio de 1995, supera ampliamente la cuantía exigida por la ley para que el proceso sea de doble instancia, esto es, \$ 9.610.000.

<sup>3</sup> Al ser el actor apelante único, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, el a-quem no puede hacer más gravosa su situación. Así lo ha expresado la Sala, entre otras, en sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 14464.

<sup>4</sup> El a-quo acertó en declarar la nulidad del acto que decretó la caducidad del contrato, en consideración a que el objeto del mismo no fue solo dar en tenencia el inmueble al arrendatario, sino permitirle realizar la finalidad de la misma, cual fue la destinación: juegos electrónicos. El municipio demandado imposibilitó el desarrollo del objeto contractual e incumplió con sus obligaciones, en la medida en que impidió al arrendatario realizar la finalidad de la tenencia del inmueble y, al no haber dado apertura al Terminal de Transportes, truncó el exacto cumplimiento del contrato por parte del contratista. Como quiera que éste último no estaba en posibilidad de ejecutar su derecho de tenedor con la finalidad aludida, la caducidad no podía declararse.

la entidad demandada, no fueron objeto de impugnación, el examen que efectuará la Sala se circunscribe a la materia apelada, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, -precepto aplicable al presente proceso por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo-, en virtud del cual, el superior no puede hacer más gravosa la situación del apelante único, ni enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

### **1. Hechos probados.**

De la valoración de los medios de prueba legal y oportunamente aportados al proceso la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

.- El 17 de mayo de 1992, el Alcalde del Municipio de El Colegio y la señora Dora Herrera de López, celebraron un contrato de arrendamiento. De su contenido se destacan las siguientes cláusulas:

*“PRIMERA. - OBJETO.- El Municipio de El Colegio entrega en arrendamiento un local que se identifica con el número 4 ubicado dentro de las instalaciones del Terminal de Transportes aligerado conforme a los planos topográficos que reposan en la Oficina de Planeación Municipal en la calle 5 con carrera 4, Inmueble que forma parte del citado terminal cuyas dimensiones son 2.50 mts x 3.40 mts.*

*SEGUNDA. TÉRMINO. El término de duración del presente contrato será de 36 meses contados a partir de la entrega del inmueble, prorrogable por un término igual.*

*TERCERO. PRECIO.- El canon de arrendamiento será la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (\$25.000) que el Arrendatario se obliga a pagar por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la Tesorería Municipal de El Colegio. Cada doce meses de ejecución del contrato de arrendamiento bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar hasta la proporción indicada por el Gobierno Nacional conforme al aumento en el costo de vida.*

*CUARTA.- DESTINACIÓN.- El bien arrendado será destinado para JUEGOS*

*ELECTRÓNICOS.*

*(...)*

*NOVENO.- CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. A título de indemnización de perjuicios en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, señálese como cláusula penal pecuniaria la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (\$25000) M/te.*

*DÉCIMA. El arrendador podrá declarar la caducidad del presente contrato si el arrendatario incurriere en algunas de las causales previstas en el art. 62 del Decreto 222 de 1983 y 601 del Código Fiscal de Cundinamarca. Como efectos propios de la declaratoria de caducidad será la terminación y liquidación anticipada del contrato.*

*DÉCIMA PRIMERA. A este contrato se le aplican los principios de terminación, modificación e interpretación contenidos en el Decreto 222 de 1983 y Código Fiscal de Cundinamarca.*

*DÉCIMA SEGUNDA. ENTREGA DEL INMUEBLE.- El inmueble se entrega el día 18 de mayo de 19927 (sic). Declara el arrendatario recibir el inmueble y sus instalaciones en buen estado de funcionamiento.*

*DÉCIMA TERCERA. - El inmueble entregado en arrendamiento hace parte del terminal de transporte y como tal su uso y goce está sujeto al reglamento interno de esta dependencia” (fols. 1 y 2 c.3).*

*.- El 27 de mayo de 1992, el Municipio de El Colegio concedió a la señora Dora Emilia Herrera de López, la patente de funcionamiento del local N° 4 del Terminal de Transportes, hasta el 31 de diciembre de ese año (fol. 47 c. 3).*

*.- Mediante resolución N° 126 del 27 de agosto de 1993, el Alcalde municipal de El Colegio resolvió:*

*“ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar la caducidad Administrativa del contrato de arrendamiento del local N° 04 del Terminal de Transportes de este Municipio, suscrito con la señora DORA EMILIA HERRERA DE LOPEZ, identificada con la C.C. N° 35.373.174 expedida en El Colegio, por los motivos expuestos en esta providencia.*

*ARTÍCULO SEGUNDO.- Practíquese la liquidación del contrato, incluyendo en ella la cláusula penal pecuniaria a cargo de la señora DORA HERRERA DE LOPEZ o del señor JORGE ELIECER MANOSALVA R., de las condiciones civiles conocidas, por la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (\$25.000) M/Cte.*

*ARTÍCULO TERCERO.- En firme la liquidación del contrato si no fuere cancelada por las responsables dentro del término de cinco (5) días, se hará efectiva por jurisdicción coactiva.*

*ARTÍCULO CUARTO.- Ejecutoriada esta Resolución, la restitución del inmueble se hará por las autoridades de policía.*

*ARTÍCULO QUINTO. - Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su notificación o de su publicación, conforme a lo establecido en el inciso tercero del Art. 247 de la Ordenanza N° 033 de 1989 (Dic.29) de la Asamblea de Cundinamarca” (fols. 3 y 4 c. 3)*

Como sustento de esa Resolución, consideró:

“(…)

4. *Que según informe escrito de la Tesorería Municipal de El Colegio, la señora DORA EMILIA HERRERA DE LÓPEZ está en mora del pago de los arrendamientos correspondientes a los meses de Septiembre a Diciembre de 1992 y Enero a Agosto de 1993.*

5. *Que el arrendatario no ha cumplido con lo pactado en la cláusula TERCERA, estando en mora con el pago de las mensualidades antes mencionadas.*

6. *Que de conformidad con la cláusula DECIMA del contrato la mora en el pago de los cánones correspondientes constituye causal suficiente para declarar la caducidad del contrato y hacer exigible la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA, acordada en la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (\$ 25.000)” (fol. 3 c.3).*

- La señora Dora Emilia Herrera de López, interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo antedicho, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 1359 del 10 de octubre de 1993 en los siguientes términos:

*“PRIMERO. REVOCAR en todas sus partes los artículos SEGUNDO Y TERCERO de la Resolución Administrativa N° 126 de 1993 (agosto 27) por las razones expuestas en esta providencia.*

*SEGUNDO. Sostener las demás determinaciones de la citada Resolución impugnada” (fols. 17 a 20 c.3)*

Como sustento de la anterior decisión, el Alcalde Municipal consideró:

*“1.-El arrendatario recibió el local con pleno conocimiento de que la obra no se encontraba terminada y sus servicios públicos estaban incompletos, con el agravante de que no existe ningún compromiso en el contrato suscrito de parte del Municipio de El Colegio, de entregar los locales con el Terminal de Transportes funcionando ni fecha acordada para entregar en funcionamiento el terminal de transportes. El señor Gobernador Dr. MANUEL GUILLERMO INFANTE visitó las instalaciones del terminal el año pasado y pudo constatar personalmente que la obra estaba inconclusa.*

*(:..)*

*3.-El arrendatario recibió el local en obra negra, inconcluso, proyectadas las instalaciones para el funcionamiento de un terminal de transportes, sin permiso de funcionamiento expedido por la Junta Nacional de Terminales de conformidad con el Decreto N° 3157 de 1984.*

*Para la obtención de la licencia correspondiente se deben cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 002 de 1985 de la Junta Nacional de Terminales, previa evaluación técnica operacional tanto de las instalaciones como de la ubicación, efectuada por una comisión del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, cuya visita fue anunciada desde febrero del año en curso y no se ha llevado a feliz término*

*4.- A sabiendas de los hechos expuestos, es decir con pleno conocimiento de causa, suscribió el contrato de arrendamiento con el alcalde anterior,*

*haciendo suponer que buscaban causarle perjuicio al municipio con un contrato imposible de cumplir”*

Respecto de la entrada en funcionamiento del Terminal de Transportes, explicó que el Alcalde anterior, mediante el Decreto N° 037 del 9 de mayo de 1992, ordenó el traslado de las agencias de transporte al terminal, y que cuando él asumió las funciones de Alcalde, los transportadores le manifestaron verbalmente su oposición a ese Decreto porque atentaba contra sus intereses en la medida en que las instalaciones del Terminal de Transportes estaban inconclusas y no reunían los requisitos para poder funcionar.

Explicó que por lo anterior expidió el Decreto N° 075 de 1995 que derogó el N° 037 de 1992, y dijo que con él no desconoció el objeto del contrato de arrendamiento. Agregó que el Alcalde anterior contrató la construcción del terminal sin la respectiva apropiación presupuestal, y que en forma apresurada suscribió varios contratos de arrendamiento sobre unos locales que no estaban funcionando ni podían funcionar hasta no tener licencia.

Dijo finalmente:

*“Como en la resolución recurrida se ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordena la liquidación del contrato, lo equitativo es revocar estas determinaciones; pero como se hace necesario asumir el control total de las instalaciones para adecuarlas a un verdadero terminal de transportes terrestres y adelantar los trámites de su licencia, se mantendrán las demás resoluciones del acto administrativo impugnado” (fols. 5 a 8 c.3).*

- El 5 de julio de 1996, se aportó al proceso el dictamen pericial que se decretó con el objeto de determinar el valor de los perjuicios, particularmente *i)* el rendimiento del local objeto del contrato durante el término estipulado de duración y el de la prórroga, en condiciones normales de funcionamiento, teniendo en cuenta su destinación, el valor del arrendamiento, la inversión realizada y su futura expansión, *ii)* el lucro cesante y *iii)* la utilidad total proyectada, aplicando la tasa de interés anual, actualizando los valores con el IPC. Los peritos llegaron a las siguientes conclusiones:

*“5.1. Que la arrendataria Doña DORA EMILIA HERRERA DE LÓPEZ,*

canceló por lo menos los tres (3) primeros meses del canon de arrendamiento, es decir, de mayo a julio de 1992.

5.2. Que existe una inconsistencia entre la constancia expedida el 10 de mayo de 1996 por el Señor secretario de Gobierno de la Alcaldía Cívica de El Colegio sobre la negación de no haber cancelado la Señora DORA EMILIA HERRERA DE LOPEZ, ningún canon de arrendamiento por el local Nr 4 del Terminal de Transporte de El Colegio de Cundinamarca.

(:..)

5.5. Que la Señora DORA EMILIA HERRERA DE LOPEZ, si abrió el local N° 4 ubicada en la Terminal de Transporte del Municipio de El Colegio, desde el 27 de mayo de 1993, de acuerdo a Patente de Funcionamiento expedida a su nombre por la Alcaldía Especial del Municipio de El Colegio, para la explotación de juegos electrónicos y Venta de Chance.

5.7. Que de acuerdo a las liquidaciones correspondientes, se obtuvieron los siguientes resultados:

5.7.1. Valor correspondiente a cánones de arrendamientos	\$
1.143.750	
5.7.2. Valor rendimientos por arriendos	\$
924.884	
5.7.3. Intereses corrientes y de mora sobre arriendos	\$
727.425	
5.7.4. Rendimientos sobre inversión	
(Arriendo de Maquinaria electrónica)	\$
910.073	
5.7.5. Lucro cesante sobre ingresos por servicios	\$
28.224.000	
TOTAL	\$
31.930.132	

Dentro del presente valor se encuentra incluido el lucro cesante por todo concepto.” (fols. 22 a 41 c.3).

.-Al proceso se aportó copia simple de los recibos de pago de los cánones de

arrendamiento correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 1992 y del valor de la licencia de funcionamiento del local arrendado (copia simple fols. 45 y 46. c.3)

.- El 30 de octubre de 1997, en cumplimiento del despacho comisorio enviado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Juez Promiscuo Municipal de El Colegio recibió la declaración de los señores Celestino Fajardo Orozco y Gabriel Rodríguez Silva.

El primero afirmó ser comerciante de profesión, dijo que conoce a la señora Dora Emilia Herrera desde hace dieciocho años y que le consta que ella tuvo en arriendo un local en el Terminal de Transportes de El Colegio. Sostuvo que desconoce las razones por las cuales el Alcalde no puso en funcionamiento el Terminal de Transportes pero que, en todo caso, éste exoneró a todos los arrendatarios de los locales, del pago de los cánones de arrendamiento. Agregó que de manera sorpresiva el Alcalde promovió contra los arrendatarios procesos de lanzamiento, aduciendo que habían incurrido en mora. Sostuvo que en el local de la señora Herrera de López, había unas vitrinas y aproximadamente 5 máquinas de juegos electrónicos y que ella siempre estuvo al tanto de su local (fols. 80 y 81 c.3).

El señor Gabriel Rodríguez Silva, afirmó que conoce a la demandante desde hace treinta años. Sostuvo que aunque no vio el contrato que la demandante celebró con el municipio de El Colegio, tiene conocimiento de que ella arrendó un local en el Terminal de Transportes, pero *“nunca tomó posesión de él porque el Terminal no entró en funcionamiento”* (fol. 83 c.3).

## **2. El contrato celebrado.**

En el caso concreto las partes celebraron un contrato de arrendamiento el 17 de mayo de 1992, que se somete a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983.

El artículo 16 de esa normatividad, no incluyó al arrendamiento dentro de los denominados “*contratos administrativos*”, por lo cual ha sido considerado por la jurisprudencia como un contrato “*de derecho privado de la Administración*”<sup>5</sup>.

Esa disposición enlistó los contratos administrativos y estableció que “*son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que la ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad*”<sup>6</sup>(se subraya).

Adicionalmente, la Ley 19 de 1982, con base en la cual se profirió el Decreto Ley 222 de 1983, reiteró la disposición transcrita y agregó que serían del conocimiento de la justicia contencioso administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los que se hubiese pactado la cláusula de caducidad (artículo 4).

De las anteriores disposiciones se desprende que las partes bien podían incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración y si ello ocurría, los litigios que se derivados de los mismos son conocidos por esta jurisdicción.

La jurisprudencia de la Sala ha reconocido la facultad de los cocontratantes de pactar la cláusula de caducidad en este tipo de contratos. Así, en sentencia del 20 de abril de 2005 consideró:

*“(...) Al contrato de arrendamiento no le eran extrañas las normas relacionadas con las cláusulas exorbitantes y en especial la facultad*

---

<sup>5</sup> En este sentido se pronunció la Sección Tercera en sentencia del 4 de diciembre de 2006 Exp. 15239 Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo las sentencias del 20 de abril de 2005. Exp.22513 Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra y del 6 de julio del 2005, Exp.12249. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández que a su vez reiteró los pronunciamientos del 15 de febrero de 1999, expediente 11194, del 26 de septiembre de 2002, expediente 12425 y del 29 de noviembre de 2004, expediente 20190.

<sup>6</sup> No obstante, el contrato de arrendamiento materia de estudio, es de aquéllos a los cuales les son aplicables las normas contenidas en el Decreto 222 de 1993 porque además de estar consagrado en el artículo 80, “*De los distintos contratos*”, los artículos 156 a 162, regularon algunos de sus aspectos y, particularmente en este contrato se pactó la cláusula de caducidad.

*relacionada con el poder de la administración para declarar la caducidad del contrato”<sup>7</sup>.*

Posteriormente, en sentencia del 4 de diciembre de 2006, expresó:

*“(..)El mismo artículo 17, párrafo único (del decreto 222 de 1983), consagró que la justicia contencioso administrativa sería competente para conocer aún de los litigios derivados de los contratos de derecho privado, siempre y cuando en ellos se hubiere pactado cláusula de caducidad*

*Examinado el contrato de arrendamiento (..) aportado al expediente en fotocopia autenticada, (...) se advierte que las partes pactaron en la cláusula No. 11, la facultad de la Administración para declarar la caducidad del contrato por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 62 del Decreto 222 de 1983 y además, por el incumplimiento del arrendador de alguna(s) de las obligaciones pactadas en el mismo.*

*Así las cosas, es claro que el contrato materia de controversia es un contrato de derecho privado con cláusula de caducidad, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según las voces del Párrafo del artículo 17 del Decreto-ley 222 de 1983, por lo tanto, la Sala es competente para conocer del presente asunto”<sup>8</sup>.*

De este modo, se concluye que en el contrato de arrendamiento celebrado las partes podían pactar válidamente la caducidad contractual, como en efecto ocurrió<sup>9</sup> y el convenio quedó sometido a: i) las disposiciones del Decreto 222 de 1983 en lo que respecta a los efectos del contrato, las responsabilidades y la caducidad del mismo; ii) a las normas del Código Fiscal de Cundinamarca<sup>10</sup> en lo

---

<sup>7</sup> Sentencia del 20 de abril de 2005, ya citada.

<sup>8</sup> Sentencia del 4 de diciembre del 2006 Expediente 15.239 Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>9</sup> “DÉCIMA. El arrendador podrá declarar la caducidad del presente contrato si el arrendatario incurriere en algunas de las causales previstas en el Art. 62 del Decreto 222 de 1983 y 601 del Código Fiscal de Cundinamarca. Como efectos propios de la declaratoria de caducidad será la terminación y liquidación anticipada del contrato”

<sup>10</sup>En la cláusula décima primera del contrato, las partes establecieron que a éste se le aplicarían “los principios de terminación, modificación e interpretación contenidos en el Decreto 222 de 1983 y el Código Fiscal de Cundinamarca” (se subraya).

relativo a su formación y a las cláusulas reguladas en él, conforme a los intereses del municipio y a las necesidades del servicio<sup>11</sup> y iii) a las normas del derecho privado que regulan el contrato de arrendamiento, salvo en lo que tiene que ver con la caducidad.

### 3. Análisis de la Sala

Para determinar si en este caso el contratista tiene o no derecho a la indemnización de los perjuicios<sup>12</sup> que reclama en la apelación, cabe revisar previamente la existencia del daño alegado por el actor, consistente en la privación del derecho a explotar el bien arrendado de acuerdo con el objeto del contrato.

De las pruebas que obran en el proceso se desprende que las partes celebraron el contrato con pleno conocimiento de que el Terminal de Transportes no estaba en funcionamiento, circunstancia de la que se derivó la imposibilidad de usufructuar el bien. En efecto, el contrato se firmó el 17 de mayo de 1992, fecha en la que la contratista no contaba con la licencia de funcionamiento del inmueble y, adicionalmente, en la cláusula Décima Segunda del contrato, la demandante declaró recibir el bien en *“buen estado de funcionamiento”*.

Por esta razón el actor mal puede alegar que esa circunstancia le causó un daño en la medida en que él conocía de antemano las condiciones en las que se encontraba el bien y además el contrato no se condicionó a la entrada en funcionamiento de todo el terminal, razón por la cual se impone concluir que en este caso no se lesionó derecho alguno del actor, no se configuró el daño y, en consecuencia, no hay lugar a la indemnización de perjuicios<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> El artículo 5 de la Ley 19 de 1982, con fundamento en la cual se expidió el Decreto Ley 222 de 1983, dispuso:

*“ARTÍCULO 5º. En desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley; así como las de inhabilidades e incompatibilidades”*.

<sup>12</sup> El actor solicitó el pago de *“la utilidad y el lucro cesante acumulados que se establezcan dentro del proceso en relación al local objeto del contrato, durante un término de setenta y dos (72) meses contados a partir del 17 de mayo de 1992, sumas de dinero que se actualizarán con los IPC correspondientes e intereses legales”*

<sup>13</sup> En todo caso, no sobra advertir que el demandante no acreditó, como era su deber, la existencia ni el valor de los perjuicios cuyo resarcimiento pretende. En efecto, se limitó a aportar copia simple de 3 recibos de pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de mayo,

Recuérdese que la indemnización de perjuicios procede cuando se declara la responsabilidad, en este caso contractual, y ante la ausencia de la prueba del daño, la misma resulta improcedente. Por ende la Sala confirmará lo dispuesto por el Tribunal en cuanto declaró el incumplimiento del contrato, declaración que, por sí sola, no genera la obligación de indemnizar perjuicios.

#### **4. Costas**

La Sala revocará la condena en costas que el Tribunal impuso al demandado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del C.C.A., vigente para el presente caso por ser una norma procesal de aplicación inmediata, que condiciona su imposición a la prueba de una conducta abusiva o temeraria de la parte vencida, que no se presentó en el *subjudice*.

Por todo lo anterior, se confirmará la Sentencia apelada y revocará la condena en costas que impuso el *a-quo*.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO. MODIFICAR** el numeral sexto de la sentencia proferida el 25 de marzo de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual quedará así:

“SEXTO. Sin condena en costas para el demandado”

---

junio y julio de 1992, y de un recibo de pago de la licencia de funcionamiento del inmueble arrendado. Esos documentos carecen de valor probatorio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En lo que tiene que ver con el dictamen pericial que se decretó a solicitud del demandante, con el objeto de probar los perjuicios y su monto, se advierte que el mismo no ofrece suficientes elementos de convicción, en la medida en que se limita a efectuar cálculos hipotéticos que se alejan de la certeza que debe tener el perjuicio para que pueda ser indemnizado. Adicionalmente, resulta contradictoria la afirmación de los peritos en el sentido de que el demandante tiene derecho a que se le pague el valor de los cánones correspondientes a los tres años que duró el contrato, porque como bien lo afirmó el *a-quo*, el pago de los cánones es, precisamente la obligación a cargo del arrendatario.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 25 de marzo de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta decisión, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**