

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Accede parcialmente, declara nulidad absoluta parcial de contrato por falta de competencia de parte de funcionario que lo suscribió / CONTRATO ESTATAL – Competencia para la suscripción del contrato / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Condena, caso incumplimiento de contrato de arrendamiento

Por su parte, el artículo 17 de la misma ley, al definir las atribuciones del Alcalde Metropolitano, no le asignó la facultad de celebrar contratos. Vale la pena aclarar que en vigencia del Decreto 1333 de 1986, el Alcalde del municipio principal ejercía como representante legal del Área Metropolitana y como tal tenía la posibilidad de celebrar los contratos a nombre de esa entidad (artículos 357 y 358 numeral 12); sin embargo, esas facultades fueron derogadas expresamente por el artículo 30 de la Ley 128 de 1994. En los términos anteriores, se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta, en tanto supone la celebración de un contrato sin la observancia de las normas de competencia de derecho público arriba referidas, es decir, existe objeto ilícito. Efectivamente, el artículo 1519 del Código Civil prescribe que esa irregularidad se verifica "en todo lo que contraviene el derecho público de la nación". En esa misma dirección, la doctrina nacional ha explicado que la "contrapartida pública de la capacidad es la competencia, la cual es determinante para la validez de las actuaciones del Estado. Las normas que la consagran son de orden público y, por ende, ni negociables ni irrenunciables. Lo dicho significa que cuando una persona actúa a nombre de una entidad oficial sin competencia, esto es, sin poder vinculante, el acto que profiera, no es válido, sino nulo por falta de competencia e imposible de sanear por ratificación. Aceptar que cualquier persona o funcionario puede comprometer a una entidad estatal mediante la ratificación ulterior de su actuación, conduce a la negación de toda la teoría pública que a lo largo del tiempo se ha estructurado sobre la competencia". En consecuencia, toda vez que está plenamente probado el vicio de nulidad absoluta del contrato, que este fue el fundamento de las pretensiones de la demanda y están todas las partes de esa relación contractual, la Sala declarará la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento suscrito el 15 de marzo de 1994, en todo lo que refiere al Área Metropolitana de Barranquilla. En consecuencia, la única entidad obligada es FONVISOCIAL.

PERJUICIOS MATERIALES - Reconoce en la modalidad de daño emergente / DAÑO EMERGENTE - Reconoce pago de gastos por servicios públicos de energía y agua de inmueble / LUCRO CESANTE - Reconoce sólo 12 meses, para evitar incurrir en un fallo ultra petita

En la demanda se solicitó el reconocimiento de los servicios públicos adeudados, juntos con sus intereses. En forma subsidiaria, se pidió que las arrendatarias pagaran a las empresas de servicios públicos respectivas las sumas adeudadas. El a quo estimó procedente esto último. Al respecto, la Sala considera razonable esta condena, toda vez que son esas empresas las que tienen el balance definitivo de lo adeudado y pueden dar el paz y salvo para que el inmueble quede al día, al menos en lo que respecta al período en que estuvo a cargo el inmueble de FONVISOCIAL, tal y como se ordenó en el fallo impugnado, es decir entre noviembre de 1995 y el 14 de mayo de 1996. En consecuencia, se confirmará esta parte de la sentencia. Ahora, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del lucro cesante causado, como consecuencia de la imposibilidad de arrendar el inmueble por la falta de pago de los servicios públicos, la Sala considera, en la misma dirección de lo expuesto por la Vista Fiscal, que es apenas razonable pensar que un inmueble, cuyos servicios públicos han sido suspendidos, se encuentra en un estado que limita su uso de forma considerable, hasta el punto de volver imposible su destinación para su aprovechamiento económico, como lo es su arrendamiento. En esos términos, a diferencia de lo resuelto por la primera instancia, se tiene que está demostrada la imposibilidad de arrendar el inmueble. Ahora,

las pruebas también permiten establecer que desde que fue restituido el inmueble, el 14 de mayo de 1996, hasta cuando la Corte Suprema de Justicia ordenó la reconexión de los servicios el 6 de octubre de 1998, los servicios públicos de energía y agua se encontraban suspendidos. Vale anotar que no es posible ir más allá de esas fechas, esto es, hasta la reconexión efectiva del servicio, en tanto la sentencia de tutela impuso la obligación al señor Caro Guette de pagar los tres primeros meses de reconexión y de recargo por ese mismo periodo, obligación que para el 10 de noviembre de 1998 no había sido satisfecha, según lo informaron las empresas de servicios públicos tuteladas (fl. 356, c. ppal). En consecuencia, el tiempo transcurrido después de lo ordenado por la sentencia de tutela resulta atribuible al actor. Así se encuentra demostrado que el inmueble estaba en imposibilidad de ser arrendado y, además, el tiempo que se prolongó esa situación. Ahora, precisa señalar que como en la demanda se solicitó que se reconociera como lucro cesante sólo doce meses, la Sala se limitará a esa pretensión, so pena de incurrir en un fallo ultra petita. Lo anterior si se tiene en cuenta que el tiempo transcurrido entre la restitución del inmueble y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia es superior al solicitado en la demanda. El reconocimiento de este perjuicio se hará con fundamento en el canon de arrendamiento pactado en el contrato en estudio, por el término de doce meses, en tanto corresponde al período que el inmueble tuvo suspendidos los servicios y lo pedido en la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de Noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 08001-23-31-000-1998-12450-01(31151)

Actor: JOSE ARGEMIRO CARO GUETTE

Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y OTROS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Temas: Nulidad absoluta parcial del contrato por falta de competencia para suscribir el contrato de arrendamiento; legitimación por activa y pasiva para reclamar el cumplimiento del pago de los servicios públicos dentro de un contrato de arrendamiento; alcance de la apelación presentadas por ambos extremos de la litis, cuando prospera la falta de legitimación de uno de los apelantes; el incremento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y el Área Metropolitana de Barranquilla en contra de la sentencia del 16 de noviembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos del Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar, mediante la cual decidió (fl. 421, c. ppal 2):

Primero: Declarar probada la excepción propuesta por el Distrito de Barranquilla de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Segundo: Declárense infundadas las restantes excepciones propuestas por los demandados conforme quedó dicho en la parte motiva de la sentencia.

Tercero: Declárese el incumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado entre Fonvisocial y AMB y JOSÉ ARGEMIRO CARO GUETTE, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

Cuarto: Condenase a las demandadas a pagar directamente a la Electrificadora del Atlántico S.A. y a la sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla, el valor de los servicios de energía y agua del inmueble de la calle 43 n.º 43-100 objeto del contrato de arriendo, dejados de pagar a esas entidades desde diciembre y noviembre de 1995 respectivamente hasta mayo de 1996, más los intereses causados hasta que se cumpla con la mencionada obligación.

Quinto: Dese cumplimiento a la sentencia en la forma y condiciones establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sexto: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo: Sin condena en costas.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor José Argemiro Caro Guette, en su calidad de arrendador, pretende que se declare que el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, el Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, y el Área Metropolitana de Barranquilla incumplieron el contrato de arrendamiento suscrito el 15 de marzo de 1994, en tanto esas entidades públicas dejaron de pagar los servicios públicos del inmueble arrendado. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó el reconocimiento de los perjuicios causados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 16 de junio de 1997 (fl. 55, c. ppal), José Argemiro Caro Guette presentó demanda en contra del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, el Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, y el Área Metropolitana de Barranquilla[1], en ejercicio de la acción contractual (fls. 48 a 57, c. ppal).

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación, así (fls. 49 a 51, c. ppal):

1.1.1. El 15 de marzo de 1994, el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla-Fondo Distrital de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Barranquilla-Área Metropolitana de Barranquilla, en calidad de arrendatario, y el señor José Argemiro Caro Guette, como arrendador, suscribieron el contrato de arrendamiento del establecimiento comercial ubicado en la calle 43 n.º 43-100 de la ciudad de Barranquilla.

1.1.2. De conformidad con la cláusula décimo séptima del mencionado contrato, los servicios

públicos de energía y agua del inmueble estaban a cargo de las arrendatarias.

1.1.3. Las arrendatarias incumplieron con el pago de los servicios públicos de energía y agua. El primero, durante el periodo comprendido entre diciembre de 1995 hasta mayo de 1996; el segundo, entre noviembre y diciembre de 1995 y enero de 1996 hasta enero de 1997.

1.1.4. El 14 de mayo de 1996, las arrendatarias entregaron el inmueble objeto de arrendamiento, sin que hubieran cancelado los servicios públicos, a pesar de los múltiples requerimientos del arrendador, con los perjuicios que ello supone.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 48 y 49, c. ppal):

PRIMERA: Que el MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL está obligado a pagar a mi mandante según los términos de dicho contrato los servicios de energía dejados de pagar por el incumplimiento del mismo, desde diciembre de 1995 hasta mayo de 1996, o sea la suma de TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M.L. (\$31.437.854).

Según recibos y estado de cuenta expedidos por la ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P.

SEGUNDA: Que se condene al MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL, al pago de los intereses causados por la mora en el pago de los servicios de energía dejados de pagar desde diciembre de 1995 y liquidados hasta febrero de 1997, o sea la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS M.L. (\$12.264.580.00), y los que se causen durante el proceso hasta que se cumpla con la mencionada obligación.

TERCERA: Que se declare que el MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL debe pagar a mi mandante señor JOSÉ ARGEMIRO CARO GUETTE debido al incumplimiento del contrato los servicios de agua desde noviembre de 1995 hasta mayo de 1996, según recibos y certificación expedidos por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. (TRIPLE A), o sea la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.L. (\$2.779.272).

CUARTA: Condenar MUNICIPIO (sic) DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL a pagar a favor de mi poderdante los intereses causados por la mora en el pago de los servicios de agua dejados de pagar a la SOCIEDAD ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. (TRIPLE A), desde noviembre de 1995 y liquidados hasta enero de 1997, o sea la suma de SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$610.528) y los que se

causen durante el proceso hasta cuando se cumpla con el pago de la mencionada obligación.

QUINTA: Que se condene al MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL al pago del lucro cesante por los perjuicios causados a mi representado durante los doce (12) meses que no han podido arrendar el inmueble materia del contrato que dio origen al incumplimiento equivalente a un canon mensual de CUATRO MILLONES DE PESOS M.L. (\$4.000.000), o sea la suma de cuarenta y ocho millones de pesos m.l. (\$48.000.000).

PERJUICIOS:

Que se condene al MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL, el pago de los perjuicios morales causados a mi poderdante señor JOSÉ ARGEMIRO CARRO GUETTE originados por la angustia, estrés, pérdida de tiempo, estado de convalecencia por incapacidades médicas, teniendo en cuenta de que es una persona de avanzada edad y le ha sido casi imposible soportar los daños morales causados hasta llegar a temer por su vida.

PETICIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: A la primera:

Que el MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL pague directamente a la ELECTRICIDAD (sic) DEL ATLÁNTICO S.A.E.S.P. u obtenga el paz y salvo, entregándosele a mi poderdante señor JOSÉ ARGEMIRO CARRO GUETTE por los servicios e intereses dejados de pagar, causados por la mora en el no pago de los mismos, desde diciembre de 1995 hasta mayo de 1996.

SEGUNDA: A la tercera principal:

Que el MUNICIPIO DE BARRANQUILLA-ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA-FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA FONVISOCIAL pague directamente a la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. (TRIPLE A) u obtenga el paz y salvo, entregándole a mi mandante señor JOSÉ ARGEMIRO CARRO GUETTE, por los servicios e intereses causados por la mora en el no pago de los mismos, desde noviembre de 1995 hasta mayo de 1996.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla (fls. 58 a 65, c. ppal) formuló las siguientes excepciones (i) la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto quien celebró el contrato fue el Área Metropolitana de Barranquilla; (ii) la falta de legitimación en la causa por activa, toda vez que el actor no demostró que canceló los servicios públicos con su peculio, y (iii) la ineptitud de la demanda, teniendo en cuenta que no se individualizó correctamente a las demandadas y sus representantes legales.

El Área Metropolitana de Barranquilla (fls. 70 a 73, c. ppal) aclaró que quien firmó el contrato en estudio fue el Alcalde del Distrito Especial de Barraquilla y no el representante legal del Área Metropolitana. Propuso como excepciones (i) la falta de legitimación en la causa por activa y pasiva. La primera, en tanto quienes debieron reclamar el pago de los valores adeudados por concepto de servicios públicos eran las empresas prestadoras de esos servicios. La segunda, teniendo en cuenta que la persona jurídica obligada es el Distrito Especial; (ii) la ineptitud sustantiva de la demanda, en consideración de que fue demandado quien no suscribió el contrato, no se solicitó la declaratoria de incumplimiento y tampoco se cuantificaron con precisión los perjuicios causados; (iii) la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que el contrato terminó el 15 de julio de 1994 y como la demanda se presentó el 12 de junio de 1997, es claro que el bienio que se tenía para demandar estaba vencido.

El Fondo Distrital de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Barranquilla (fls. 78 a 82, c. ppal) insistió en (i) la falta de legitimación por activa, en tanto los pagos no los efectuó la parte actora para reclamar su desembolso, y (ii) la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que desde el vencimiento de las facturas reclamadas y la notificación de la demanda transcurrieron más de los dos años que se tienen para demandar.

Aclaró que el Distrito Especial ni el Área Metropolitana de Barranquilla suscribieron el contrato en estudio, razón por la cual no están legitimados en la causa por pasiva; estimó que si las empresas de servicios públicos hubieran cumplido con su obligación de suspender el servicio después de tres meses de mora, lo adeudado sería una cantidad inferior. En esos términos, señaló que quien está obligado a pagar el lucro cesante y los perjuicios morales al actor, son las mencionadas empresas. Además, sostuvo que la parte actora pudo pagar el valor de los servicios públicos y repetir contra la demandada, pero no lo hizo.

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la parte actora se opuso a la prosperidad de las excepciones al considerar que estaba probada la relación contractual demandada, así como sus partes y su incumplimiento. En consecuencia, con base en las pruebas recaudadas solicitó acceder a las pretensiones de la demanda (fls. 375 a 379, c. ppal).

El Área Metropolitana de Barranquilla ratificó los argumentos de la contestación de la demanda (fls. 380 y 381, c. ppal).

I. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 16 de noviembre de 2004 (fls. 393 a 422, c. ppal 2), el a quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

VI. Consideraciones

6.1. Pronunciamiento sobre nulidades y presupuestos procesales (...)

6.2. Excepciones (...)

6.2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva: Para la Sala la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por el demandado Distrito de Barranquilla está llamada a prosperar puesto que si el Distrito no es parte en el contrato tampoco lo es de la relación sustantiva trabada entre contratante y contratista, y en tal virtud no puede ser llamado a

responder en juicio por actos que le son ajenos. De conformidad con el contrato (fl. 4 a 6) las entidades contratantes son el Fondo Distrital de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla FONVISOCIAL, entidad que de acuerdo con la certificación que obra a folio 84 del expediente es un establecimiento público del orden nacional (...); y el Área Metropolitana de Barranquilla, entidad que de conformidad con el Decreto 1333 de 1986 y la Ley 128 de 1994 goza de personería jurídica y autonomía patrimonial y administrativa. La naturaleza jurídica del Fondo, como establecimiento público, y del Área Metropolitana como organismo autorizado por la Constitución y organizado por la ley les reviste de los atributos de la personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonios propios, de tal manera que son estas las entidades llamadas a responder autónomamente por la celebración y cumplimiento del contrato demandado (...).

Ahora bien, para la Sala existe absoluta claridad en que la intervención del Alcalde Distrital de Barranquilla en el contrato, está hecha a título de representante legal del Área Metropolitana puesto que así se hizo constar en el texto mismo del contrato (...).

6.2.2. Falta de legitimación en la causa por activa (...)

En el presente proceso tenemos que el señor JOSÉ CARO GUETTE, en su calidad de arrendador del contrato celebrado con Fonvisocial y el Área Metropolitana de Barranquilla, el 15 de marzo de 1994, demanda a los citados arrendatarios para que le respondan por el incumplimiento del contrato, puesto que afirma el actor estos incumplieron con su obligación de pagar los servicios públicos de agua y luz que conforme a lo pactado era su obligación. Es decir que de acuerdo con la normatividad citada y las pretensiones de la demanda, a juicio de la Sala, el actor sí está legitimado para demandar conforme lo ha hecho en el presente proceso. No es admisible la postura de los demandados en cuanto exigen que el actor para tener legitimación en la causa tenga que haber pagado los servicios, puesto que esa obligación no aparece en el contrato de cargo del demandante sino de los demandados, y es precisamente por las consecuencias de un presunto incumplimiento en este extremo por lo que está demandando.

6.2.3. Excepción de inepta demanda. Para resolver esta excepción propuesta por el apoderado del Área Metropolitana de Barranquilla traemos a este aparte los argumentos expuestos en el acápite que resolvió sobre la falta de legitimación pasiva del Distrito, puesto que allí se dijo que el AMB si está llamada a comparecer legítimamente como demandada en el presente proceso (...).

6.2.4. Excepción de caducidad de las acciones contractuales. De acuerdo con las pretensiones de la demanda se busca por los demandantes que los demandados paguen el valor de los servicios públicos del inmueble objeto del contrato hasta mayo de 1996, fecha en la cual se suscribió el acta de entrega y recibo del inmueble, de Fonvisocial a JOSÉ ARGEMIRO CARO GUETTE, poniéndole fin de manera formal al contrato de arriendo. La demanda fue presentada el 12 de junio de 1997 de tal manera que no habían transcurrido los dos años establecidos en el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. Por estas razones la Sala desestimaré la excepción de caducidad propuesta por los demandados.

6.2.5. Eximentes de responsabilidad. Esta excepción fundada en la culpa de terceros y en la propia culpa del demandante como argumentos para enervar la acusación de incumplimiento lanzada por el demandante contra las demandadas, tiene un carácter general y están encaminadas a atacar el fondo de las pretensiones, de tal manera que quedarán resueltas con el pronunciamiento de fondo que se hará en esta sentencia.

6.3. Problema jurídico (...)

6.3.1. El incumplimiento de las demandadas (...)

La revisión de todas las pruebas del proceso, llevan a la Sala al convencimiento de que en efecto las demandadas incumplieron el contrato de arrendamiento celebrado con el demandante en la medida en que no cumplieron con el pago de los servicios de energía eléctrica y acueducto que era una obligación pactada en el contrato como quedó dicho líneas arriba. La postura asumida por los diferentes demandados en el proceso tampoco refleja actividad probatoria encaminada a desvirtuar la acusación de incumplimiento, ni a justificar o excusar el mismo. Con excepción de los argumentos esgrimidos en torno a la responsabilidad de terceros y de culpa de la víctima, todos los medios de defensa se centraron en atacar la legitimidad de las partes, la caducidad de la acción y la ineptitud de la demanda, empero hay ausencia de medio probatorios tendientes a probar, en contra de lo afirmado por el demandante, que las demandadas sí cumplieron con la obligación que en torno de los servicios públicos del local habían contraído por virtud del contrato (...).

Para la Sala no son de recibo los eximentes de responsabilidad alegados por el apoderado de Fonvisocial, por cuanto si bien a Electranta y a Triple A el régimen de los servicios públicos le impone la obligación de suspender los servicios en mora, y falta a ello les podría acarrear responsabilidades por culpa, también ese mismo régimen establecía para la época de los hechos la obligación solidaria del propietario del inmueble con los inquilinos o arrendatarios por las deudas de servicios públicos, lo cual no hace más que patentizar el incumplimiento de los arrendatarios por cuanto además de incumplir lanzaban al arrendador a responder por ellos con el bien objeto del contrato ante las empresas prestadoras del servicio (...).

6.3.2. Indemnización de perjuicios.

6.3.2.1. Perjuicios materiales

6.3.2.1.1. Daño emergente. Como consecuencia del incumplimiento del contrato y a título de reparación del daño emergente se ordenará a las demandadas Fonvisocial y AMB el pago de los servicios de energía, acueducto, alcantarillado y aseo del inmueble del demandante, más los intereses acumulados hasta que se cumpla con la obligación.

6.3.2.1.2. Lucro cesante. La Sala estima que el actor no cumplió con la carga probatoria que la cabía respecto de los beneficios o provechos dejados de percibir como consecuencia del incumplimiento del contrato. El dictamen pericial no es admisible para la Sala en lo relacionado con la estimación del lucro cesante por cuanto este no fue un punto determinado como objeto de dictamen en el auto que decretó la prueba, lo cual contraviene el inciso 2 del artículo 236 del CPC en concordancia con el artículo 241 del CPC que obliga a valorar el dictamen teniendo en cuenta la competencia de los peritos.

6.3.2.2. Perjuicios morales. No existe en el proceso a juicio de la Sala prueba de la ocurrencia del daño moral a que alude en la demanda el demandante. La sola manifestación del padecimiento moral no es suficiente para dar por probado la ocurrencia de este tipo de daño.

6.4. Costas

Considerando que la parte demandada observó una conducta adecuada dentro de este proceso, la Sala considera que no procede la condena en costas (...).

I.

SEGUNDA INSTANCIA

1. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, el Área Metropolitana de Barranquilla y la parte actora apelaron la decisión del a quo (fls. 444, 449 a 453. c. ppal 2)[2]. El primero de los recursos no fue sustentado, razón por la cual esta Corporación mediante auto del 3 de marzo de 2006 lo declaró desierto, al tiempo que admitió la alzada que presentaron las dos últimas partes en mención (fls. 466 y 467, c. ppal 2).

1.1. Los fundamentos de la apelación de la parte actora fueron los siguientes (fls. 457 y 458, c. ppal): (i) el lucro cesante por la imposibilidad de arrendar el inmueble por el no pago de los servicios públicos está plenamente demostrado. En efecto, la reinstalación de los servicios se logró sólo a través de la acción de tutela. En esos términos, es claro que durante el término que el inmueble estuvo sin servicios tampoco pudo arrendarse. De esa forma, se configuró un lucro cesante que fue tasado por los peritos; (ii) el daño moral se deriva de la situación apremiante en la que se vio el actor por el incumplimiento de las demandadas, que puso en riesgo a su único inmueble y patrimonio familiar, y (iii) se debe condenar en costas, toda vez que la defensa de los demandados se limitó a dilatar el proceso.

1.2. El Área Metropolitana de Barranquilla (fls. 449 a 452, c. ppal 2) sostuvo (i) que quien firmó el contrato de arrendamiento en estudio carecía de competencia para el efecto, toda vez que el Alcalde del Distrito Especial de Barranquilla no representaba a la mencionada entidad sino su gerente. Con esa misma argumentación insistió en que se declaren probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) el contrato terminó el 1 de julio de 1994, sin que obren pruebas de su prórroga; (iii) no hay pruebas de la existencia de disponibilidades presupuestales, garantías ni publicación en la gaceta de Barranquilla. Estimó que las irregularidades advertidas impidieron la concreción de un vínculo contractual con la apelante.

Reiteró (iv) que la acción estaba caducada, toda vez que finalizado el contrato 1 de julio de 1994, la demanda debió presentarse hasta el 1 de julio de 1996, lo que efectivamente ocurrió el 12 de junio de 1997, es decir, fuera del bienio que se tiene para el efecto.

Por último, insistió en (v) la falta de legitimación en la causa por activa, en tanto el actor no demostró el pago de los servicios públicos, razón por la cual las empresas de servicios públicos eran quienes debían demandar.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público (fls. 471 a 481, c. ppal 2) estimó que debía modificarse la sentencia de primera instancia. En principio, compartió las conclusiones del a quo sobre el incumplimiento contractual. Ahora, frente al reconocimiento de los perjuicios causados, solicitó confirmar la sentencia recurrida en cuanto a lo decidido sobre el perjuicio moral y el daño emergente; sin embargo, señaló que el lucro cesante estaba probado, toda vez que la existencia de los saldos pendientes por concepto de servicios públicos, así como la orden provisional que dio la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, con el fin de garantizar la reconexión de esos servicios, llevan a concluir razonablemente que el inmueble estuvo desprovisto de los mismos y que en esas condiciones resultaba imposible su uso. En esos términos, aunque señaló que el peritaje

debía desestimarse por lo expuesto en la primera instancia, se debía reconocer el referido perjuicio con base en el valor mensual del arrendamiento por el término de 17 meses.

Por último, solicitó que se condenara en costas a las demandadas, en tanto insistieron obstinadamente en los mismos argumentos, cuando estaban probados con suficiencia tanto el incumplimiento como los perjuicios causados, sin que esgrimieran argumentos válidos para desestimarlos.

I. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES: Jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1. En tanto el extremo pasivo está constituido por varias entidades estatales, el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, el Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, y el Área Metropolitana de Barranquilla, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto.

1.2. De otro lado, esta Corporación es la competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1989, le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[3].

1.3. Por último, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo permitía que a través de la acción contractual se solicitaran, entre otras, el incumplimiento y la indemnización de perjuicios correspondientes. En esos términos, la acción intentada es la procedente.

2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Las partes se encuentran legitimadas, en la medida en que sean parte de la relación contractual demandada.

De entrada se advierte que frente a la legitimación en la causa por activa, debe señalarse que uno de los extremos de la relación contractual cuestionada es el señor José Argemiro Caro Guette y, en consecuencia, legitimado para demandar. Ahora, vale aclarar que no les asiste razón a las demandadas cuando sostienen que el actor debió cancelar las facturas de servicios públicos adeudadas para que estuviera legitimado por activa. En tal sentido, basta señalar que la cláusula décimo séptima estableció que las arrendatarias eran las responsables de los pagos de los servicios públicos frente al actor como consecuencia de la celebración del contrato en estudio (fl. 5, c. ppal). En consecuencia, el contratista estaba habilitado para demandar en los términos que lo hizo. Lo anterior sin perjuicio de las acciones que estuvieran en cabeza de las empresas prestadoras de los servicios públicos adeudados, sin que por ello limitara el ejercicio de acción del contratista, por las razones expuestas.

De otro lado, en cuanto a la parte demandada, vale aclarar que quienes suscribieron el contrato fueron FONVISOCIAL y el Área Metropolitana de Barranquilla (fl. 4, c. ppal)[4], razón por la cual son las legitimadas como extremo pasivo en el sub lite. Al revisar el fondo del presente asunto, se analizará el argumento del Área Metropolitana de Barranquilla sobre la falta de competencia del Alcalde Distrital para firmar el contrato en estudio.

En esos términos, se confirmará la decisión del a quo de declarar la falta de legitimación en la

causa del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, en tanto no fue uno de los extremos de la relación contractual en estudio.

3. LA CADUCIDAD

En el sub lite, el cómputo de la caducidad de la acción contractual estaba fijado en dos años[5], antes de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998. En ese orden, se tiene que la entrega del inmueble por parte de FONVISOCIAL se efectuó el 14 de mayo de 1996 (fl. 14, c. ppal). Con tomar esa fecha, se tiene que la demanda fue presentada dentro del referido bienio, esto es, el 16 de julio 1997 (fl. 54 rev., c. ppal).

4. EL PROBLEMA JURÍDICO

La Sala determinará si se configura una nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento del 15 de marzo de 1994, en tanto fue suscrito por un funcionario que no ostentaba la representación del Área Metropolitana de Barranquilla.

De igual forma se establecerá si el mencionado contrato fue incumplido por las demandadas y si están demostrados los perjuicios reclamados. Respecto de estos últimos, deberá establecerse si hay lugar a reducirlos o incrementarlos en la forma solicitada por las partes apelantes.

5. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

5.1. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por las partes, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido[6].

5.1.1. El 15 de marzo de 1994, el Fondo Distrital de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Barranquilla y el Área Metropolitana de Barranquilla, como arrendatarias, y el señor José Argemiro Caro Guette, en su calidad de arrendador, suscribieron un contrato de arrendamiento, en los siguientes términos (fls. 4 a 6, c. ppal):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El ARRENDADOR da en arrendamiento a los ARRENDATARIOS un inmueble ubicado en la calle 43 n.º 43-104 de esta ciudad [en Barranquilla], lo cual n.º 2 (dos) adquirido por el ARRENDADOR según consta en Escritura Pública 455 de marzo de 1981 de la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla (...).
CLÁUSULA SEGUNDA: DESTINACIÓN: Los ARRENDATARIOS se obligan a destinar el inmueble materia del presente contrato para uso exclusivo del **ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA, FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA, FONVISOCIAL, y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.**
CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN: El término de este contrato será de cuatro (4) meses contados a partir del primero (1) de marzo de 1994, el cual podrá ser prorrogado antes de su expiración, por acuerdo de las partes y con el lleno de los requisitos legales.
PARÁGRAFO: No obstante lo anterior, cualquiera de las partes podrá dar por terminado este contrato, en la totalidad de las instalaciones arrendadas o en partes de ella, dando un aviso a la otra parte con una antelación mínimo de treinta (30) días.
CLÁUSULA CUARTA: VALOR: Los ARRENDATARIOS se comprometen a pagar al ARRENDADOR un canon de \$933.360

(novecientos treinta y tres mil trescientos sesenta pesos m.l.) mensuales los cuales se cancelarán dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de cada mes y a la presentación de las respectivas cuentas de cobro, a razón de \$466.680 (cuatrocientos sesenta y seis mil seiscientos ochenta pesos m.l.) a cargo de FONVISOCIAL, y otro tanto a cargo del ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA (...) CLÁUSULA OCTAVA: PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento de las partes de cualesquiera de las obligaciones de esta contrato lo constituirá en deudor del contratista cumplidor por la suma de \$2.000.000 (dos millones de pesos) a título de pena sin menos cabo del cobro de la renta (...) CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: INCUMPLIMIENTO: El incumplimiento o violación de cualesquiera de las obligaciones de los ARRENDATARIOS dará derecho al ARRENDADOR para resolver el contrato y exigir la entrega inmediata del inmueble sin necesidad de desahucio ni los requerimientos previstos en la ley. Los ARRENDATARIOS renuncian a que les efectúen los requerimientos señalados en el artículo 2035 del Código Civil (...) CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SERVICIOS PÚBLICOS: Corresponde a los ARRENDATARIOS FONVISOCIAL Y ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA, el pago de los servicios públicos de agua, luz y teléfono.

5.1.2. El 15 de marzo de 1994, FONVISOCIAL expidió los certificados de reserva presupuestal 015 y 016 por un valor de \$1.866.720 y \$705.600, respectivamente, para el pago del arrendamiento del contrato arriba mencionado (fl. 17, c. ppal). El 11 de mayo de ese mismo año, el contratista canceló los derechos de publicación del contrato (fl. 15, c. ppal, recibo de consignación Banco Caja Agraria n.º 1769).

5.1.3. Según el estado de cuenta del inmueble arrendado elaborado por la Empresa Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. para el 4 de abril de 1997, se adeudaban por concepto de la prestación del servicio de energía la suma de \$44.279.116, incluidos los intereses de mora. Los meses en mora fueron los de diciembre de 1995, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996, y enero y febrero de 1997 (fls. 18 a 29, c. ppal). Igualmente, según el estado de cuenta de la sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. para el mes de febrero de 1997, por concepto del servicio de agua y alcantarillado se adeudaba por el inmueble arrendado la suma de \$3.389.800, por los meses de noviembre y diciembre de 1995, todo el año de 1996 y el mes de enero de 1997 (fls. 30 a 45, c. ppal).

5.1.4. El 14 de mayo de 1996, FONVISOCIAL y el señor José Argemiro Caro Guette suscribieron el acta de entrega y recibo del inmueble arrendado, en la cual se consignó (fl. 14, c. ppal):

El día 14 de mayo de 1996 se reunieron en las instalaciones del local comercial COOTER ubicado en la calle 43 #43-100 los señores ADOLFO AHUMADA representante de la entidad FONVISOCIAL y JOSÉ ARGEMIRO CARO GONZÁLEZ (sic) representante del señor JOSÉ ARGEMIRO CARO GUETTE propietario del local, con el propósito de hacer entrega del mismo del primero al segundo de los nombrados, por lo que se procedió así: Se revisó en totalidad el local y se encontraron las siguientes novedades. El local no se entrega pintado, la batería de baños del primer piso se encuentra destruida, hay huecos en las baldosas del segundo piso y el contador del agua se encuentra dañado, las instalaciones eléctricas y controles se encuentran dañadas: en común acuerdo de las partes se llegó al arreglo que estos desperfectos corrían por cuenta del propietario a cambio de las divisiones piso techo que se encuentran en el local. Los servicios públicos corren a cargo de la entidad FONVISOCIAL hasta la fecha y esta se

encargará de su pago o traslado de la cuenta. No siendo más firman los arriba mencionados.

5.1.5. El 7 de febrero de 1997, el arrendador requirió a FONVISOCIAL para que se pusiera al día con el pago de los servicios públicos (fl. 13, c. ppal).

5.1.6. El 6 de octubre de 1998, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, resolvió la impugnación del fallo del 7 de septiembre del mismo año, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, que denegó la tutela presentada por el señor Jorge Argemiro Caro Guette en contra de la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. y la Empresa Triple A, con el fin de que se le reconectaran sus servicios de agua y energía del inmueble arrendado a las demandadas. La referida Corte revocó el fallo de primera instancia, para en su lugar tutelar transitoriamente el derecho a la instalación de los servicios públicos domiciliarios del inmueble del señor Caro Guette, previo el pago de los cobros de reconexión y recargo por los tres primeros meses adeudados. La anterior medida mientras se adelantaban las acciones judiciales correspondientes, con el fin de definir la situación jurídica del tutelante (fls. 285 a 306, c. ppal). En esa oportunidad, la Alta Corporación consideró (fls. 301 y 302, c. ppal):

2.2.2. En cambio, estima la Sala que no ocurre lo mismo con el derecho del propietario del inmueble a obtener la reinstalación de los servicios públicos domiciliarios. Porque considera la Corte que estando la Empresa obligada a respetar el régimen imperativo del contrato uniforme y la regulación de la prestación de servicios, procediendo a su suspensión al cabo del incumplimiento de las tres facturas consecutivas, estaba entonces obligada a acatarlo a fin de amparar sus propios derechos y los de los demás amparados por la Constitución y la ley, tal como sucede especialmente con los de los terceros. Por ello, si bien su suspensión tardía se funda en un motivo del incumplimiento del pago de las tres facturas iniciales, no es menos cierto que para su reinstalación no podía alegar su negligencia de suspensión para exigir, además del pago de las mencionadas tres facturas iniciales, todas las posteriores, porque, en principio, estas últimas se causaron por su mera voluntad, la cual hay que entenderla aceptable sin que ello afecte los derechos ajenos. De allí que, entonces, la abstención de las accionadas Empresas Triple A y Electrificadora del Atlántico S.A. de reinstalar los servicios suspendidos tardíamente no tenga en su regulación imperativa aparente sustento legal, cuando, además de las tres factura, exige la totalidad de lo adeudado. Pues si la deuda adicional a las tres facturas tiene su causa en un servicio que se prestó por una omisión en la suspensión, su exigencia revela más bien un abuso de posición dominante que tiene en la reinstalación, contra el cual, como se dijo debe proceder el amparo transitorio mientras se promueven las acciones contenciosas administrativas y se obtienen las decisiones pertinentes.

5.1.7. El 10 de noviembre de 1998, las empresas de servicios públicos domiciliarios tuteladas informaron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, que la falta de cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, se debía al no pago del señor Caro Guette de los costos de reconexión y el cobro de los recargos por los tres primeros meses adeudados (fl. 356, c. ppal).

5.1.7. El 10 de junio de 1999, el a quo decretó la práctica del dictamen pericial solicitado por la parte actora (fl. 104, c. ppal), con el de que peritos evaluadores en bienes raíces determinarían "la ubicación e identificación del inmueble y sus respectivos valores para arrendarlos o darlos en venta" (fl. 53, c. ppal).

El 12 de agosto de 2002, los peritos evaluadores rindieron su experticia, en la cual, además de ubicar el predio objeto del contrato de arrendamiento en estudio, determinaron que el valor

comercial de los locales arrendados equivalía a la suma de \$366.396.000. En lo concerniente al valor del arrendamiento señalaron que estaba determinado por lo que las partes acordaran. Por último, cuantificaron el lucro cesante del señor Caro Guette por la imposibilidad de arrendar el inmueble debido a la carencia de los servicios públicos domiciliarios de agua y energía. Para el efecto, tomaron el valor del arrendamiento pactado en el contrato del 15 de marzo de 1994 y lo multiplicaron por los meses transcurridos entre el 15 de mayo de 1996, fecha posterior a la entrega del inmueble, y el 15 de abril de 1999, cuando se reconectaron los servicios públicos. El valor total a reconocer ascendió a la suma de \$341.189.200 (fls. 161 a 164, c. ppal).

Una vez se corrió traslado del dictamen a las partes (fl. 175, c. ppal), el Área Metropolitana de Barranquilla solicitó que se aclarara, por cuanto se cometieron unos errores aritméticos en sus operaciones (fl. 192, c. ppal). El 2 de octubre de 2002, los peritos corrigieron su peritaje en el sentido de indicar que la suma dejada de percibir a título de lucro cesante fue de \$34.118.520 (fl. 193, c. ppal). De la anterior aclaración se corrió traslado a las partes (fl. 194, c. ppal), término durante el cual la misma Área Metropolitana aportó unos índices de precios al consumidor para que se hicieran los cálculos de los peritos (fl. 358, c. ppal). Con fundamento en lo anterior, los peritos calcularon nuevamente el lucro cesante en \$39.762.540 (fl. 366, c. ppal).

6. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO EN ESTUDIO

Atendiendo a la naturaleza estatal de FONVISOCIAL[7] y del Área Metropolitana de Barranquilla[8], en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el régimen jurídico aplicable es el de la Ley 80 de 1993, norma vigente para la suscripción del contrato de arrendamiento del 15 de marzo de 1994.

7. EL ANÁLISIS DE FONDO

7.1. La nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento del 15 de marzo de 1994

Antes de abordar la cuestión de fondo, la Sala observa que el contrato contiene un vicio de nulidad absoluta parcial que impone su declaración. Sobre esta facultad, la Sección ha señalado que el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley, se haya invocado como fuente de derechos u obligaciones de las partes e intervengan en él las partes o sus causahabientes[9].

Esas exigencias están satisfechas en el sub lite, si se tiene en cuenta que la Ley 128 de 1994, que reguló las Áreas Metropolitanas, vigente para cuando se suscribió el contrato en estudio[10], estableció en el numeral 4 del artículo 19 que al Gerente del Área correspondía, entre otras, "celebrar los contratos necesarios para la administración de los servicios, la ejecución de obras metropolitanas y, en general, para el buen desempeño y cumplimiento de las funciones propias del Área, con sujeción a lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a las autorizaciones, límites y cuantías que le fije la Junta Metropolitana". Los límites y cuantías definían cuándo el Gerente podía celebrar los contratos directamente o necesitaba de autorización de la Junta Metropolitana, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del literal g) del artículo 14 de la ley en comento[11].

Por su parte, el artículo 17 de la misma ley, al definir las atribuciones del Alcalde Metropolitano, no le asignó la facultad de celebrar contratos. Vale la pena aclarar que en vigencia del Decreto 1333 de 1986, el Alcalde del municipio principal ejercía como representante legal del Área Metropolitana y como tal tenía la posibilidad de celebrar los contratos a nombre de esa entidad

(artículos 357 y 358 numeral 12); sin embargo, esas facultades fueron derogadas expresamente por el artículo 30 de la Ley 128 de 1994[12].

En los términos anteriores, se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta, en tanto supone la celebración de un contrato sin la observancia de las normas de competencia de derecho público arriba referidas, es decir, existe objeto ilícito. Efectivamente, el artículo 1519 del Código Civil prescribe que esa irregularidad se verifica "en todo lo que contraviene el derecho público de la nación". En esa misma dirección, la doctrina nacional ha explicado que la "contrapartida pública de la capacidad es la competencia, la cual es determinante para la validez de las actuaciones del Estado. Las normas que la consagran son de orden público y, por ende, ni negociables ni irrenunciables. Lo dicho significa que cuando una persona actúa a nombre de una entidad oficial sin competencia, esto es, sin poder vinculante, el acto que profiera, no es válido, sino nulo por falta de competencia e imposible de sanear por ratificación. Aceptar que cualquier persona o funcionario puede comprometer a una entidad estatal mediante la ratificación ulterior de su actuación, conduce a la negación de toda la teoría pública que a lo largo del tiempo se ha estructurado sobre la competencia"[13].

En consecuencia, toda vez que está plenamente probado el vicio de nulidad absoluta del contrato, que este fue el fundamento de las pretensiones de la demanda y están todas las partes de esa relación contractual, la Sala declarará la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento suscrito el 15 de marzo de 1994, en todo lo que refiere al Área Metropolitana de Barranquilla. En consecuencia, la única entidad obligada es FONVISOCIAL.

Por último, no habrá lugar a restituciones mutuas, en tanto la carga obligacional corresponde a los extremos de la relación contractual, es decir, FONVISOCIAL y el señor José Argemiro Caro Guette.

7.2. El incumplimiento contractual

En cuanto al incumplimiento que el señor Caro Guette le imputa a FONVISOCIAL está demostrado:

(i) Que el 15 de marzo de 1994, los arriba mencionados celebraron un contrato de arrendamiento, en donde el primero fungió como arrendador y la segunda como arrendataria (fls. 4 a 6, c. ppal);

(ii) El contrato fue pactado por un término de cuatro meses, contados a partir del 1 de marzo de 1994 (cláusula tercera, fl. 4, c. ppal). En consecuencia, el contrato finalizaba el 1 de julio de ese mismo año;

(iii) Aun cuando no están probadas las prórrogas del contrato de arrendamiento, lo cierto es que el 14 de mayo de 1996, de acuerdo con el acta de entrega y recibo del inmueble arrendado suscrita entre FONVISOCIAL y el señor Caro Guette, se dejó en evidencia que la primera tuvo en su poder el inmueble y en esa misma fecha se comprometió al pago de los servicios públicos causados hasta ese momento (fl. 14, c. ppal);

(iv) Finalmente, está demostrado que entre noviembre de 1995 y mayo de 1996, periodo durante el cual la entidad demandada tuvo en su poder el inmueble arrendado, los servicios públicos de energía y acueducto y alcantarillado no fueron cancelados, de conformidad con los estados de cuenta de las empresas de servicios públicos respectivas (fls. 18 a 29 y 30 a 45, c. ppal).

De todo lo expuesto, se concluye que está plenamente demostrado el incumplimiento de la

demandada, como lo definió la primera instancia.

Ahora, si bien no están probadas las prórrogas del contrato, lo cierto es que en el acta de entrega del inmueble la demandada asumió la obligación de pago de los servicios causados hasta esa fecha. Lo anterior indica que la arrendataria, toda vez que no hay pruebas de la prórroga legal del contrato, como lo sugiere la parte demandada, retardó el cumplimiento de su obligación de restitución del inmueble arrendado (artículos 2005[14] y 2006[15] del Código Civil).

Durante ese lapso, la demandada asumió las prestaciones mínimas para el funcionamiento del inmueble y su restitución final en las condiciones en que fue entregado el inmueble, salvo, claro está, el deterioro normal por el paso del tiempo. En esos términos, la restitución del inmueble debía hacerse con el pago de los servicios públicos al día; sin embargo, ese débito prestacional no fue honrado por la demandada, en tanto se demostró que durante el periodo que el inmueble estuvo en su poder, debido a la demora en su restitución, los servicios públicos no fueron cancelados, hasta el punto que fueron suspendidos. En esas condiciones, la Sala confirmará la decisión del a quo de declarar incumplido el contrato de arrendamiento del 15 de marzo de 1994, por parte de FONVISOCIAL.

7.3. Los perjuicios causados

7.3.1. En la demanda se solicitó el reconocimiento de los servicios públicos adeudados, juntos con sus intereses. En forma subsidiaria, se pidió que las arrendatarias pagaran a las empresas de servicios públicos respectivas las sumas adeudadas. El a quo estimó procedente esto último. Al respecto, la Sala considera razonable esta condena, toda vez que son esas empresas las que tienen el balance definitivo de lo adeudado y pueden dar el paz y salvo para que el inmueble quede al día, al menos en lo que respecta al período en que estuvo a cargo el inmueble de FONVISOCIAL, tal y como se ordenó en el fallo impugnado, es decir entre noviembre de 1995 y el 14 de mayo de 1996. En consecuencia, se confirmará esta parte de la sentencia.

7.3.2. Ahora, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del lucro cesante causado, como consecuencia de la imposibilidad de arrendar el inmueble por la falta de pago de los servicios públicos, la Sala considera, en la misma dirección de lo expuesto por la Vista Fiscal, que es apenas razonable pensar que un inmueble, cuyos servicios públicos han sido suspendidos, se encuentra en un estado que limita su uso de forma considerable, hasta el punto de volver imposible su destinación para su aprovechamiento económico, como lo es su arrendamiento.

En esos términos, a diferencia de lo resuelto por la primera instancia, se tiene que está demostrada la imposibilidad de arrendar el inmueble. Ahora, las pruebas también permiten establecer que desde que fue restituido el inmueble, el 14 de mayo de 1996, hasta cuando la Corte Suprema de Justicia ordenó la reconexión de los servicios el 6 de octubre de 1998, los servicios públicos de energía y agua se encontraban suspendidos. Vale anotar que no es posible ir más allá de esas fechas, esto es, hasta la reconexión efectiva del servicio, en tanto la sentencia de tutela impuso la obligación al señor Caro Guette de pagar los tres primeros meses de reconexión y de recargo por ese mismo periodo, obligación que para el 10 de noviembre de 1998 no había sido satisfecha, según lo informaron las empresas de servicios públicos tuteladas (fl. 356, c. ppal). En consecuencia, el tiempo transcurrido después de lo ordenado por la sentencia de tutela resulta atribuible al actor.

Así se encuentra demostrado que el inmueble estaba en imposibilidad de ser arrendado y, además, el tiempo que se prolongó esa situación. Ahora, precisa señalar que como en la demanda

se solicitó que se reconociera como lucro cesante sólo doce meses, la Sala se limitará a esa pretensión, so pena de incurrir en un fallo ultra petita. Lo anterior si se tiene en cuenta que el tiempo transcurrido entre la restitución del inmueble y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia es superior al solicitado en la demanda. El reconocimiento de este perjuicio se hará con fundamento en el canon de arrendamiento pactado en el contrato en estudio, por el término de doce meses, en tanto corresponde al período que el inmueble tuvo suspendidos los servicios y lo pedido en la demanda.

En esos términos, se actualizará el valor del arrendamiento desde la fecha del contrato hasta la de la presente sentencia así:

$$\$933.360 \times \frac{123.78 \text{ (IPC final, sept. 2015)}}{23.32 \text{ (IPC inicial, mar. 1994)}} = \$4.954.172.00.$$

$$23.32 \text{ (IPC inicial, mar. 1994)}$$

Ahora, para determinar el monto del lucro cesante consolidado se aplicará al anterior valor la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

i

$$S = \$4.954.172 \times \frac{(1 + 0.004867)^{12} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$61.067.556.00.$$

En consecuencia, el valor por concepto de lucro cesante corresponde a la suma de \$61.067.556.00.

Igualmente, conviene mencionar que la no suspensión del servicio y su impacto en el reconocimiento del lucro cesante, es una situación que escapa al análisis que aquí se realiza, toda vez que en este escenario sólo se juzga la responsabilidad de FONVISOCIAL, pero no así de las empresas de servicios públicos que intervinieron. Así las cosas, en aras de privilegiar los derechos del contratista afectado con el incumplimiento en estudio, la Sala impondrá la totalidad del pago de la obligación del lucro cesante a la aquí demandada, para que esta después inicie las acciones judiciales en contra de las empresas de servicios públicos y obtener la devolución del porcentaje que corresponda, esto último si así se define judicialmente.

También resulta pertinente dilucidar si la conducta del arrendador fue determinante para que se causara el perjuicio reclamado. En tal sentido, debe señalarse que lo probado es que la demora en la restitución del inmueble un incumplimiento que no puede ser enervado por el hecho de que el contratista no reclamara ante las empresas de servicios públicos o ante las autoridades judiciales, cuando lo visto es que frente a lo primero la jurisprudencia tiene establecido que son obligaciones propias de las mencionadas empresas[16] y, respecto de lo segundo, se desconoce el desarrollo de la relación contractual y cuándo el actor se enteró del incumplimiento en estudio. En todo caso, es claro que dentro del término de caducidad inició la acción correspondiente para obtener las indemnizaciones del caso.

7.3.3. En lo que respecta al perjuicio moral, se confirmará la decisión del a quo, en tanto no hay pruebas que permitan dilucidar su causación. En efecto, las pruebas no permiten determinar el

grado de afectación que dice sufrió el actor por las circunstancias que rodearon al inmueble arrendado. En tal sentido, baste señalar que resultan insuficientes las afirmaciones de la demanda sobre el sufrimiento del actor por la situación que comportó la suspensión de los servicios públicos, sino que deben allegarse elementos de convicción que permitan establecer que efectivamente se causaron. En tal sentido, si bien en sede extracontractual, lo cual no impide trasladar esas conclusiones al presente escenario, toda vez que se trata en el fondo de la posibilidad de reclamar perjuicios morales en relación con bienes materiales o cosas, la Sección tiene definido[17]:

En sentencia del 5 de octubre de 1989, explicó:

"Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiéndose por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume"[18].

Y en sentencia del 13 de abril de 2000, la Sala dijo:

"El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume"[19]"[20].

En esos términos, la ausencia de pruebas impide el reconocimiento de este perjuicio.

8. No hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes. En contradicción de lo expuesto por la parte actora y la Vista Fiscal, las argumentaciones del Área Metropolitana de Barranquilla dieron lugar a la declaratoria de nulidad absoluta. Y la defensa en primera instancia de las demandadas tampoco puede enmarcarse en una conducta temeraria, sino más bien en el ejercicio de su derecho de defensa. Es más FONVISOCIAL no apeló la decisión de primera instancia. La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la reforma introducida por la Ley 446 de 1998 al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo señaló[21]:

Por eso la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte **cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal** (se destaca).

En esos términos, no se condenará en costas.

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

autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 16 de noviembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos del Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

SEGUNDO: DECLARAR infundadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento del 15 de marzo de 1994, suscrito entre el Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, el Área Metropolitana de Barranquilla y el señor José, en cuanto todas las referencias y obligaciones que se relacionan con el Área Metropolitana de Barranquilla, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que el Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, incumplió el contrato de arrendamiento arriba referido, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR al Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, o a quien haga sus veces, a pagar directamente a la Electrificadora del Atlántico S.A. y a la sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla, el valor de los servicios de energía y agua del inmueble ubicado en la calle 43 n.º 43-100, objeto del contrato de arrendamiento identificado en el numeral tercero de esta parte resolutive, dejados de pagar a esas entidades desde noviembre de 1995 hasta mayo de 1996, más los intereses causados hasta la fecha en que se cumpla con esa obligación.

SEXTO: CONDENAR al Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, o a quien haga sus veces, que pague al señor José Argemiro Caro Guette la suma de sesenta y un millones sesenta y siete mil quinientos cincuenta y seis pesos (\$61.067.556) moneda corriente. El Fondo Distrital de Viviendas de Interés Social y Reforma Urbana de Barranquilla, FONVISOCIAL, o a quien haga sus veces, iniciará las acciones judiciales correspondientes en contra de las empresas de servicios públicos mencionadas en el numeral quinto de esta parte resolutive, con el fin de que se establezca si hay lugar a que esas empresas le restituyan algún porcentaje de la condena impuesta en el presente numeral.

SÉPTIMA: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVA: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

NOVENA: Sin condena en costas.

SEGUNDO: Sin costas, en tanto no están probadas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta

Salvó parcialmente voto

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

Magistrado

[1] Esto último fue aclarado a través de memorial presentado por la parte actora el 23 de enero de 1998 (fls. 56 y 57, c. ppal), admitida por el a quo mediante auto del 21 de abril de 1998 (fl. 69, c. ppal).

[2] Los recursos se presentaron el 28 de marzo y el 26 de abril de 2005 (fls. 444, 452 y 457, c. ppal 2). Lo anterior pone de presente que fueron interpuestos antes de la entrada en vigencia de la Ley 954 de 2005.

[3] El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado Decreto 597 de 1988 imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes; ahora, se tiene que la mayor pretensión de la demanda fue por la suma de \$48.000.000 (fl. 49, c. ppal, pretensión quinta). En consecuencia, como para 1997, cuando se presentó la demanda (fl. 55 rev., c. ppal), la controversia contractual tenía un valor superior a \$13.460.000 es claro que tenía vocación de doble instancia.

[4] En el contrato se consignó "Entre los suscritos a saber: JORGE EDUARDO VERA KIDD, mayor de edad, domiciliado en Barranquilla, identificado con cédula de ciudadanía n.º 19.330.501 de Bogotá, quien actúa en su calidad de gerente y representante legal del FONDO DISTRITAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE REFORMA URBANA DE BARRANQUILLA, FONVISOCIAL, y BERNARDO HOYOS MONTOYA, Alcalde Distrital de Barranquilla, en representación del ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA" (se destaca) (fl. 4, c. ppal).

[5] Efectivamente, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con la subrogación introducida por el Decreto 2304 de 1989, disponía: "CADUCIDAD DE LAS ACCIONES: (...) Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".

[6] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

[7] Según la certificación del 7 de enero de 1998, FONVISOCIAL es un establecimiento público del orden Distrital, cuyos estatutos fueron aprobados mediante Decreto 0108 del 31 de enero de 1991 (fls. 84 y 85, c. ppal).

[8] Mediante Ordenanza 028 del 10 de diciembre de 1981, la Asamblea Departamental del Atlántico autorizó el funcionamiento del Área Metropolitana de Barranquilla. Visto en la página

oficial del Área Metropolitana de Barranquilla en la siguiente dirección electrónica: http://www.ambq.gov.co/public_html/ambq/userfiles/file/Ordenanza%20028.pdf. Consultada el 22 de octubre de 2015; igualmente, en los términos del artículo 2 de la Ley 128 de 1994, las Áreas Metropolitanas están dotadas de personalidad jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio autoridades y régimen especial.

[9] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[10] En efecto, contrato de arrendamiento se suscribió el 15 de marzo de 1994 (fl. 6, c. ppal), al tiempo que la Ley 128 comenzó a regir desde el 23 de febrero de 1994, con su publicación en el Diario Oficial 41236, tal como lo disponía el artículo 30 de la citada ley.

[11] Esa norma disponía: "Atribuciones básicas de la Junta Metropolitana. La Junta Metropolitana tendrá las siguientes atribuciones básicas: G) De orden administrativo // 1. En concordancia con la ley fijar los límites, naturaleza y cuantía dentro de los cuales el Gerente pueda celebrar contratos, así como señalar los casos en que requiere obtener autorización previa de la Junta para el ejercicio de esta facultad".

[12] Dicha norma dispuso: "La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en los artículos 348 a 373 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley 1333 de 1986)".

[13] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis Editores S.A., 2ª edición, 2003, Bogotá, p. 52.

[14] Dicho artículo prescribe: "RESTITUCIÓN DE LA COSA ARRENDADA POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO. El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento. // Deberá restituir en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimo. // Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario. // En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable".

[15] Esa norma señala: "FORMA DE RESTITUCIÓN. La restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviere la cosa".

[16] En tal sentido ver: Corte Constitucional, sentencia T-334 del 29 de marzo de 2001, exp. T-394249, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esa oportunidad, se trató de una persona que arrendó un inmueble y al momento de solicitar la restitución se percató que el servicio de energía no se había cancelado aproximadamente por dos años, sin que la empresa de servicios públicos domiciliarios hubiera procedido a su suspensión. En esa oportunidad precisó: "5. El tratamiento dado a la actora fue completamente diferente. A ella se le exigió el pago de la elevada suma de dinero adeudada por el arrendatario del inmueble y si bien no se discute que el propietario, el usuario y el tenedor del inmueble son solidariamente responsables por virtud de la ley, tampoco debe desconocerse que el desbordado incremento de la obligación que el arrendatario tenía pendiente con la empresa prestadora del servicio obedeció a la incuria de ésta y no a otra cosa. Ante ello, si su negligencia se halla vinculada al incremento de la obligación insoluta, la actora no tiene por qué sobrellevar consecuencias jurídicas que trasuntan un trato discriminatorio en

relación con el que se le dio al arrendatario durante el tiempo que vivió en el inmueble. // En un caso similar al que aquí se considera la Corte expuso: // "... las empresas demandadas toleraron a ciencia y paciencia un comportamiento que puede constituir un delito continuado contra el patrimonio, y se limitaron a facturar mensualmente el costo del bien mueble sustraído por medio de una acometida fraudulenta; en consecuencia, incumplieron durante todo ese lapso su deber de actuar de acuerdo con la ley vigente para poner término a tal situación irregular, y para procurar que se exigiera la responsabilidad correspondiente al autor de la conducta irregular detectada, así como se abstuvieron de reclamar de él el pago correspondiente al daño y los perjuicios que ocasionó. Es indudable, en consecuencia, que las empresas accionadas incurrieron de esa manera en una vía de hecho, y con ella vulneraron los derechos fundamentales de la actora al debido proceso y a la igualdad". // Ante esta situación, si bien no hay lugar a vulneración de derechos fundamentales por conexidad dado que la actora por su haber patrimonial y el de su familia se encuentra en capacidad de cumplir el pago requerido, si es clara la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso pues ella ha sido víctima de un tratamiento discriminatorio injustificado y por ende procede la tutela solicitada".

[17]

Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 17.000, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[18] Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cinco de octubre de 1989, expediente: 5.320, actora: Martha Cecilia Klinker de Jaramillo.

[19] Cita original: Sentencias del 5 de octubre de 1989, exp: 5320, del 7 de abril de 1994, exp: 9367 y del 11 de noviembre de 1999, exp: 12.652, entre otras.

[20] Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.892, actor: Franklyn Liévano Fernández

[21] Sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, exp. D-4695, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 15 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.621 - 27 de diciembre de 2023)

