

APELACION - Límite material al juez. No reformatio in pejus / APELACION - Límite material al juez. Apelante único / SEGUNDA INSTANCIA - Límites al juez que resuelve recurso de apelación. No reformatio in pejus / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Apelación. Apelante único / COMPETENCIA - Recurso de apelación. Límite material del juez para conocer se debe ajustar a las pretensiones de un apelante único

El límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, el cual se complementa de manera diáfana con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación. (...) la propia ley se hubiere ocupado de precisar que tales limitaciones, las cuales restringen las competencias del juez de segunda instancia, no tendrán aplicación cuando la apelación del fallo provenga de ambas partes (...) Ahora bien, lo anterior en modo alguno puede significar que en los eventos en los cuales se presenten intereses contrapuestos el juez puede a su arbitrio revivir la Litis, por cuanto, como lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sección, también en esos casos se encuentra limitado por los aspectos que hubieren sido objeto de apelación.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 17

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema ver la sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 17160.

PRUEBAS - Copias auténticas Aplicación del artículo 254 del C. P. C. / PRUEBAS - Documento público

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. (...) el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica. A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

PRUEBAS - Copias auténticas Aplicación del artículo 252 del C. P. C. / PRUEBAS - Documento privado

Si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

NOTA DE RELATORIA: En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, ver: Corte Constitucional, Sentencia C - 023 de 11 de febrero de 1998.

PRUEBAS - Valor probatorio. Copias simples / COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Aplicación del principio de la buena fe o Bona Fides / PRINCIPIO DE LA BUENA FE O BONA FIDES - Valor probatorio de copias simples cuando los documentos provienen de la misma entidad

[A]lgunos de los documentos aportados al proceso, entre los cuales se encuentra el propio contrato demandado, se aportaron al proceso en copia simple por las partes del proceso (...) Pese a que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, la Sala observa que muchas de ellas fueron aportadas por los propios apoderados de la misma entidad pública que profirió los documentos, en virtud de lo cual hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como copias auténticas, en razón de que dada la obligación legal asignada a las entidades públicas para que administren sus archivos y velen por su integridad, autenticidad y fidelidad, es preciso señalar que los actos o documentos creados por ellas mismas necesariamente reposan, o al menos deben reposar, en su archivo bajo las condiciones de veracidad exigidas por la normativa legal que regula la materia y, de acuerdo con los postulados del Principio Constitucional de la Buena Fe (Principio General de Derecho), no podría esperarse de los apoderados un comportamiento diferente a la defensa de las entidades a las cuales representan en los procesos judiciales y, tanto de parte de la Administración Pública como de sus apoderados, la debida aportación de esos documentos, comoquiera que fueron las mismas entidades quienes los expidieron y cuando el apoderado actúa es la parte quien lo hace. (...) Cabe advertir al respecto que, en todo caso, estos documentos podrán ser tachados de falsedad en el proceso, de acuerdo con el artículo 252 del C. de P. C., pero mientras ello no ocurra, las copias simples aportadas por la misma entidad que creó o produjo los actos o documentos originarios, o por medio de sus apoderados, se reputarán auténticas. (...) en el presente caso la Sala valorará como auténticas las copias simples de los documentos aportados al proceso por los apoderados de la entidad pública demandante, siempre y cuando los documentos provengan de la misma entidad, no así los documentos en copia simple aportados por el demandado, los cuales, como antes se expresó, carecen de autenticidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 83 / LEY 57 DE 1985 - ARTICULO 12 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 11 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 12 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 16

ACTO ADMINISTRATIVO - Publicidad. Notificación del acto que declara incumplimiento / ACTO ADMINISTRATIVO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Notificación. Principio de publicidad / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Acto administrativo. Notificación / ACTO ADMINISTRATIVO - De carácter particular. Notificación / ACTO ADMINISTRATIVO - De carácter general. Notificación / NOTIFICACION - Acto administrativo. - Diferenciación entre validez y eficacia

Los actos administrativos de alcance general, impersonal y abstracto, generalmente adquieren firmeza con el cumplimiento de las exigencias que en relación con su publicación establece el ordenamiento jurídico -artículo 43 C.C.A.-; los actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, de ordinario se encuentran sujetos a la necesidad de permitir su contradicción en sede administrativa, por lo cual para que cobren firmeza suele requerirse, además de su notificación -artículos 44 a 48 ibídem- la concurrencia de alguno de los eventos previstos en el artículo 62 ejusdem. (...)Respecto de la notificación de los actos administrativos de carácter particular, el Código Contencioso Administrativo dispone que cuando estos actos pongan fin a una actuación administrativa deberán notificarse de manera personal, previa observación de los trámites señalados para el efecto en el artículo 44; de conformidad con el artículo 45 del mismo estatuto, la notificación se hará por edicto cuando no fuere posible hacerlo de manera personal; los actos administrativos se publicarán cuando contengan decisiones que afecten a terceros que no se hicieron parte en las respectiva actuación, de acuerdo con el artículo 46 (...) En cuanto a la notificación de los actos administrativos de carácter particular que se expidan con ocasión o por razón de la actividad contractual de las entidades estatales, la regla general la constituye la notificación personal y por excepción la notificación es posible surtirla por edicto o en estrados cuando el acto se hubiere proferido en audiencia o en diligencia, de conformidad con las disposiciones del C. de P. C., aplicables, de manera subsidiaria, según lo dispone el inciso primero del artículo 77 de la ley 80 de 1993. (...) no puede perderse de vista que todas las disposiciones aludidas hacen referencia a la publicación o notificación *del acto*, por manera que la existencia se erige en requisito para que resulte lógica y posible su publicitación; cosa distinta es que aunque el acto exista, el mismo no tenga la capacidad de producir efectos jurídicos o no resulte *eficaz* de cara a sus destinatarios mientras no haya sido legalmente publicitado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 43 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 44 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 45 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 46 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 47 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 48 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 62 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77

NOTA DE RELATORIA: Con relación al principio de publicidad ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 3 de junio de 2010, exp. 2009-00043-00.

INEFICACIA DE LA NOTIFICACION - Acto administrativo. Inoponibilidad a contratista / ACTO ADMINISTRATIVO - Ineficacia de la notificación. Incumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 44 y 45 del C. C. A. / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Ineficacia de la notificación.

Incumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 44 y 45 del C. C. / INDEBIDA NOTIFICACION - Acto administrativo que declara incumplimiento

Se observa en el presente caso que la entidad pública demandada, si bien intentó realizar la notificación personal de la Resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995, ésta no cumplió con las ritualidades a las cuales se refieren los artículos 44 y 45 del C.C.A., esto es, el envío de un correo certificado o la fijación de un edicto en un lugar público de la misma entidad, toda vez que simplemente se remitió de manera directa un oficio a la sociedad contratista, en el cual se le expresó que se le comunicaba el contenido de la Resolución, en el que se estampó una firma de recibido completamente ilegible –folio 35 del segundo cuaderno-. Se tiene entonces que el acto administrativo expedido mediante la Resolución 4254 del 31 de octubre de 1995 no resulta obligatorio para el contratista y para la compañía de seguros, en virtud de los yerros en los cuales incurrió la entidad pública demandada en su notificación, es decir, carece de eficacia, dado que, como antes se expresó, la notificación se constituye en un presupuesto de la misma.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 44 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 45

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Ineficacia ante la indebida notificación / INDEBIDA NOTIFICACION - Deja sin efectos declaratoria de incumplimiento contractual

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pesar de haber expedido la Resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios debatido en esta oportunidad, solicitó en las pretensiones de la demanda que fuera declarado el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la correcta prestación del servicio de vigilancia. En principio, no cabría emitir pronunciamiento alguno en relación con esta pretensión, dado que el acto administrativo contenido en la mencionada resolución goza de la presunción de legalidad mientras el mismo no sea anulado o suspendido; no obstante, si bien la Administración decidió declarar el incumplimiento, ante la ausencia de una adecuada notificación, el acto carece de eficacia y por ende no produce efecto alguno, razón por la cual la Sala estudiará la pretensión de declaratoria de incumplimiento solicitada por la entidad pública demandante.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Por infracción a la ley contractual. Requisitos / INFRACCION A LA LEY CONTRACTUAL - Requisitos

Para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a éste tema, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de julio de 1992, exp. 6461.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Carga de la prueba. La parte alegante debe demostrar además del incumplimiento de la otra, su intención de cumplir o cumplimiento de las obligaciones a su cargo / CARGA DE LA

PRUEBA - Principio de conmutatividad y contratos sinalagmáticos. Parte alegante debe demostrar además del incumplimiento invocado, que cumplió con las obligaciones a su cargo

La carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos. (...) En los contratos cuyas prestaciones son correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, se presenta una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas, razón por la cual del artículo 1609 del C.C. se extrae la regla según la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho. En virtud de lo anterior, el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A., cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, como presupuesto para acreditar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo. (...) En este caso, si bien se probó que en la entidad se presentó la pérdida de varios objetos, no se acreditó que las pérdidas resultaran imputables a la compañía de vigilancia, como tampoco que la entidad hubiera sido suficientemente diligente en la administración y el cuidado de sus bienes y si bien se hizo referencia en el proceso a varias anomalías ocurridas con los vigilantes, en momento alguno éstas se asociaron e individualizaron respecto de cada una de las pérdidas de objetos ocurrida.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1498 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

PAGO - De obligación contractual. Pago Tardío o incumplimiento de pago / PAGO TARDIO - Reconocimiento de intereses moratorios / INTERERES DE MORA O INTERES MORATORIO - Aplicación del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993

Si bien se acreditó que la entidad pública demandante realizó el pago de la factura, también se observa que éste se realizó tardíamente, dado que en el contrato se pactó que el pago se debía realizar al mes siguiente de su presentación, lo cual ocurrió el día 19 de diciembre de 1995, es decir, el pago debió realizarse el 19 de enero de 1996 y éste se efectuó el 23 de julio de 1996. Se reconocerán entonces los intereses moratorios de conformidad con las previsiones del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, los cuales corresponden al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con la variación del IPC en cada uno de los meses durante los cuales se presentó la mora.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Obligatoriedad / LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Reglas

Se destacan los siguientes aspectos: i) la obligatoriedad de liquidar los contratos de ejecución sucesiva y aquellos que lo requieran; ii) la competencia que tienen las partes para liquidar el contrato de común acuerdo; iii) el plazo que tienen las partes para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, que no es otra que la prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación, bien sea que ésta se haya producido de manera normal o anormal; iv) la ley faculta a las partes para que, en

la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto; v) el carácter supletivo de la liquidación unilateral, pues solo en el evento de que fracase la liquidación bilateral, la Administración adquiere competencia para declarar la liquidación final del contrato, mediante acto administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 61

LIQUIDACION DE CONTRATO ESTATAL - Obligatoriedad. Contrato de tracto sucesivo / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO - Obligatoriedad de liquidación aun cuando no se estipuló en el contrato

Si bien en el contrato celebrado no se hizo referencia a la liquidación del contrato y al tiempo para que ésta se efectuara, éste es uno de los contratos que requiere de la misma por ser de tracto sucesivo. (...) En la documentación aportada al proceso no se observó manifestación alguna de las partes tendiente a que se efectuara la liquidación de común acuerdo y tampoco fue liquidado de manera unilateral. Acceder la Sala a efectuar la liquidación judicial del contrato supone contar con toda la información derivada del mismo, dado que, como prescribe el artículo 60 de la Ley 80, antes citado, en esta etapa se deben realizar ajustes, revisiones, reconocimientos, así como los acuerdos a los cuales hubieren llegado las partes, de forma tal que les permita declararse a paz y salvo.

COSTAS - No condena

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01582-01(19480)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Demandado: INTERNACIONAL DE SEGUROS Y PROTECCION LIMITADA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por ambas partes del proceso, en contra la sentencia de octubre tres (3) de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, mediante la cual se dispuso:

“1. Declárase que la demandada principal, Sociedad Internacional de Seguridad y Protección Limitada incumplió el contrato.

“2. Declárase que la Nación-Ministerio de Hacienda debe a la demandante en reconvencción Sociedad Internacional de Seguridad y Protección Limitada, la cantidad de \$81.617.586,5.

“3. Niégase (sic) las demás pretensiones.

“4. No condenar en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 10 de noviembre de 1995 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas¹:

“1) Que se declare a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN LIMITADA, responsable de incumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula segunda, numeral 3) ‘Vigilar que los elementos de oficina no sean objeto de sustracción o daño; en caso de sustracción, deberán restituirlos, salvo fuerza mayor o caso fortuito’; numeral 4) ‘Velar durante la jornada de trabajo por la protección de las personas que laboran en el área objeto de vigilancia’; numeral 5) ‘Mantener la presencia de vigilantes sin interrupción durante los horarios de vigilancia estipulados en los puestos de vigilancia asignados conforme al contrato’; numeral 10) ‘El personal de vigilantes debe contar con la instrucción y capacitación necesarias, actualizadas en prevenir y controlar incendios, organizar evacuación de personas; control e identificación de personas y vehículos’; del contrato de prestación de servicios de código número 3.2.59-94, suscrito entre la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN LIMITADA.

“2) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCION LIMITADA, a dar cumplimiento a la cláusula segunda numeral 3), y que por lo tanto procedan a restituir los elementos que fueron objeto de sustracción de acuerdo a lo probado dentro del proceso.

“3) Que se condene a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCION LIMITADA, a pagar por concepto de la multa pactada en la Cláusula séptima del contrato de prestación de servicios código No.

¹ Folios 4 a 15 cuaderno 1

3.2.59.94, la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$ 34.044.348.00) M/CTE., por el reiterado y grave incumplimiento en las obligaciones de acuerdo a los parámetros fijados en el referido contrato; o en su defecto que se condene al pago de la multa que cuantifique su Despacho, teniendo en cuenta lo alegado y probado dentro del proceso.

“3) (sic) Que con ocasión de la declaración de incumplimiento se condene a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCION LIMITADA, a pagar a favor de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sanción estipulada en la cláusula octava ‘Cláusula Penal’ del contrato de prestación de servicios código No. 3.2.59-94, correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del mismo, o sea, la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$ 34.044.348.00) M/CTE.**, como resarcimiento por los perjuicios ocasionados a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el incumplimiento del contrato citado.

“4) Que por la razón antes expuesta se condene a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCION LIMITADA, a pagar a favor de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los intereses a que haya lugar en caso de mora en el pago de las anteriores sumas.

“5) Que se ordene el llamamiento en garantía para la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

“6) Que se ordene al llamado en garantía compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., quien afianzó a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCION LIMITADA, en el contrato de prestación de servicios código 3.2.59.94, mediante la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 9450596 de fecha 11 de noviembre de 1994, con vigencia hasta el 15 de diciembre de 1995, al pago de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, de acuerdo al monto fijado en la sentencia definitiva, correspondientes al valor de la multa y de la cláusula penal pecuniaria a favor del asegurado o beneficiario Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“Ordenar a la sociedad INTERNACIONAL DE SEGUROS Y PROTECCION LIMITADA, quien tiene como garante a la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. a dar cumplimiento a la sentencia definitiva dentro del término legal.

“8) Condénese al demandado a pagar a la demandante las costas y costos del presente proceso”

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en escrito separado, llamó en garantía a la sociedad Seguros del Estado S.A.². Esta solicitud se denegó por el Tribunal con el argumento de que la demandante no se encontraba legitimada para ello, en tanto dicha facultad se encontraba radicada en cabeza de la demandada, además de que “esta sociedad ya fue vinculada como parte en el

² Tercer cuaderno.

*proceso, en el auto admisorio de la demanda, estando representada por curador ad-litem*³

El Ministerio modificó la demanda el 10 de febrero de 1997, en cuyo escrito adicionó el acápite de pruebas⁴.

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Las partes del presente litigio, el día 10 de noviembre de 1994, celebraron el contrato de prestación de servicios de vigilancia número 3.2.59.94, cuyo objeto constituyó la vigilancia y cuidado de varios edificios; se estipuló como valor del contrato la suma de \$ 340'443.480.00 y su cumplimiento fue amparado por la sociedad Seguros del Estado S.A.

2.2. El día 23 de noviembre de 1994, de uno de los edificios vigilados fueron hurtados bienes por valor de \$ 21'248.393,50, en razón de lo cual el jefe de grupo de almacén del Ministerio, mediante oficio, le pidió al jefe de vigilancia de ese edificio que ejerciera un estricto control sobre el ingreso y la salida de personas.

2.3. En varios de los edificios vigilados se perdieron objetos con valores significativos, de lo cual fue oportunamente informado el contratista.

2.4. Algunos de los bienes hurtados fueron restituidos por la contratista.

2.5. Se permitía el ingreso a la entidad de personas armadas, "*sin ficha y sin boleta de control del vigilante*".

2.6. Ante el incremento de los hurtos en la entidad, el día 11 de julio de 1995, se suscribió un *acta de seguridad* entre funcionarios de la demandante y empleados de la demandada, en la cual se acordó impartir instrucciones claras y precisas al personal de vigilancia de ejercer un mayor control en las requisas al personal en las diferentes sedes del Ministerio.

2.7. La demandante formuló continuas quejas ante la contratista por diversos asuntos relativos al cumplimiento de sus obligaciones: i) pérdida de objetos y solicitud de restitución de los mismos; ii) no utilización de espejos antiexplosivos en los parqueaderos; iii) inadecuadas requisas; iv) incumplimiento de los horarios por parte de los vigilantes; v) excesivo uso del teléfono y mal uso de los elementos de oficina de la entidad.

2.8. En varias ocasiones se formularon denuncias penales por la continua pérdida de objetos tanto de la entidad como de los servidores de la misma.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Sostuvo el demandante que fundamentaba la demanda en las siguientes normas jurídicas:

"Ley 80 de 1993, artículo 75, 77, artículos 137, 138, 139, 142, 206 y ss. del

³ Folio 28 del cuaderno 3.

⁴ Folios 70 y 71 del cuaderno 1.

C. Contencioso Administrativo, Decreto 1651 de 1991, Decreto 171 de 1993, artículo 1602 del C.C., artículos 55, 56 y 57 del C.P.C., 1128 del C. de Co., y en general todas aquellas normas aplicables a la materia.”

En el escrito contentivo de la demanda no se expresó el concepto de violación de las normas jurídicas invocadas.

4. Actuación procesal.

El 20 de noviembre de 1995 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, admitió la demanda⁵; en el mismo auto ordenó la notificación personal al representante legal de la sociedad Internacional de Seguros y Protección Limitada, así como al representante legal de la sociedad Seguros del Estado S.A., y al Ministerio Público; también dispuso la providencia la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo y reconoció personería adjetiva a la apoderada de la parte demandante.

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto del 2 de mayo de 1997, aceptó la adición de la demanda y dispuso la notificación personal a los representantes de las sociedades demandadas.⁶

5. Contestación de la demanda.

5.1. Sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda.

La sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., contestó la demanda⁷, en cuyo escrito se opuso a las súplicas de la demanda; aceptó el hecho relativo a la celebración del contrato, así como a su contenido; sostuvo que los objetos perdidos no le fueron entregados para su custodia, por lo cual no se encontraba obligada a su restitución, toda vez que sus obligaciones eran de medio y no de resultado.

También afirmó que la demandante había aceptado y condonado el incumplimiento del contrato, en tanto había solicitado y consentido su prórroga y ocultado al contratista que había proferido una resolución a través de la cual declaraba el incumplimiento del contrato, con lo cual se le vulneró el derecho al debido proceso.

También sostuvo que la entidad pública demandante actuó de mala fe y de manera temeraria toda vez que al tiempo que declaró el incumplimiento, a través de un acto que no le fue notificado, al tiempo que autorizaba la prórroga del contrato.

5.2. Seguros del Estado S.A.

En tanto no fue posible notificar de manera personal al representante legal de la sociedad Seguros del Estado S.A., ésta fue emplazada y llamada a juicio a través de curador⁸, quien contestó la demanda, aceptó los hechos relativos a la garantía, negó los demás y se opuso a las pretensiones de la demanda⁹.

⁵ Folio 18 cuaderno 1.

⁶ Folio 73 del cuaderno 1.

⁷ Folios 30 a 44 cuaderno 1.

⁸ Folios 53 a 62 del cuaderno 1.

⁹ Folios 64 a 69 cuaderno 1.

Con ocasión de la adición de la demanda la sociedad aseguradora contestó la demanda a través de apoderado, en cuyo escrito sostuvo que no hubo una oportuna comunicación por parte de la entidad respecto de la ocurrencia del siniestro; también hizo referencia a la falta de cuidado de la demandante por no tomar medidas de protección sobre los objetos sustraídos de sus oficinas.¹⁰

6. Demanda de reconvención.

El día 28 de junio de 1996, la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., presentó demanda de reconvención, en la cual formuló las siguientes pretensiones¹¹:

“1. Declarar que la resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995, proferida por la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se declaró administrativamente el incumplimiento de las obligaciones del contrato estatal de prestación de servicios de código 3.2.59-94 celebrado entre ese Ministerio de Hacienda y Crédito Público y mi poderdante, no produjo efectos legales.

“2. Declarar que el Ministerio de Hacienda actuó de mala fe y en vías de hecho, en desarrollo del contrato estatal de prestación de servicios de código 3.2.59-94 celebrado con mi poderdante y violando el derecho de defensa de la sociedad INTERNACIONAL DE PROTECCION Y SEGURIDAD LIMITADA.

“3. Que se efectúe la liquidación del contrato estatal de prestación de servicios de código 3.2.59-94 celebrado entre ese Ministerio de Hacienda y Crédito Público y mi poderdante, por cuanto esa entidad no lo ha liquidado.

“4. Que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de la suma correspondiente a la factura cambiaria de compraventa No. 13.376.60 por concepto del valor de la prórroga del contrato, fraudulentamente obtenida, factura presentada al Ministerio de Hacienda el día 19 de diciembre del mismo año 1995, para su cobro y que hasta la fecha no ha sido cancelada por esa entidad.

“5. Que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de la suma anterior de \$32.879.364.60 según su valor histórico debidamente actualizado, hasta la fecha en que se produzca el pago, de conformidad con el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993.

“6. Que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de intereses moratorios sobre la suma de \$32.879.364.60, debidamente actualizada, a una tasa equivalente al doble del interés legal civil, de conformidad con el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993.

“7. Que a la sentencia que ponga fin al presente proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

6.1. Hechos de la demanda de reconvención.

En la demanda de reconvención, en síntesis, se mencionaron los siguientes

¹⁰ Folios 105 y 106 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 1 a 14 del segundo cuaderno

hechos:

i) La Resolución número 4254, por medio de la cual el Ministerio declaró el incumplimiento del contrato, no fue notificada ni comunicada al contratista y tampoco a la sociedad garante.

ii) En noviembre 10 de 1995 las partes acordaron prorrogar el contrato de prestación de servicios, con desconocimiento absoluto acerca de la declaratoria de incumplimiento, como también de la presentación de la demanda.

iii) La sociedad contratista hizo entrega a satisfacción de la entidad de los puestos de vigilancia, el día 15 de diciembre de 1995.

iv) El Ministerio incumplió con la obligación de liquidar el contrato de prestación de servicios.

v) La sociedad reconviente presentó factura a la contratante el día 19 de diciembre de 1995, la cual, a la fecha de presentación de la demanda, no había sido pagada por la entidad.

6.2. Fundamentos de derecho de la demanda de reconvención.

En la demanda de reconvención se afirmó que la entidad al expedir el acto demandado, así como al incumplir el contrato celebrado, vulneró las siguientes normas jurídicas:

i) Al omitir la notificación de la resolución demandada se desconoció el derecho de defensa y el debido proceso, con lo cual se violaron las normas contenidas en los siguientes artículos: a) 29 de la Carta Política; b) 44 del C.C.A. y c) inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80.

ii) El hecho de haber ocultado el presunto incumplimiento demuestra la mala fe con la cual actuó la entidad contratante al prorrogar el contrato, comportamiento con el cual vulneró el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

iii) Errónea interpretación del contrato, al pretender convertir una obligación de medio en una de resultado, con lo cual se desconoce el artículo 1602 del Código Civil.

6.3. Admisión de la demanda de reconvención.

El 11 de abril de 1997 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda de reconvención¹²; en el mismo auto ordenó la notificación personal al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio Público; también dispuso la providencia la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo y reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte actora.

6.4. Contestación de la demanda de reconvención por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda contestó la demanda de reconvención, en cuyo escrito se opuso a las pretensiones formuladas en la misma, aceptó algunos de los

¹² Folio 18 cuaderno 2.

hechos y propuso la excepción de pago. En síntesis, planteó los siguientes argumentos¹³:

i) Que no era cierto que el Ministerio al declarar el incumplimiento hubiera actuado a espaldas del contratista, por cuanto los funcionarios de la entidad intentaron por todos los medios la notificación al contratista.

ii) Que no era cierto que con la adición del contrato el Ministerio le hubiere condonado las deudas al contratista, en tanto ésta obedeció a extremas necesidades del servicio, por lo cual sólo se prorrogó por un mes.

iii) Que de conformidad con lo estipulado en el contrato, el contratista se encontraba obligado a cuidar y a restituir los bienes que por su culpa se perdieran.

7. Decreto de pruebas.

A través de auto calendarado el 30 de octubre de 1998¹⁴, se abrió el proceso a pruebas y se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda y con la contestación; no se decretaron los testimonios solicitados por el demandante, en razón de que no se enunció el objeto de la prueba; se aceptó en el auto el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad Internacional de Seguridad y Protección S.A., y se denegó el interrogatorio solicitado por esta última sociedad en tanto los funcionarios que se interrogarían *“no son parte en este proceso”*; se decretó el dictamen pericial pedido por la parte actora inicial y en el mismo auto se nombraron los peritos y se reconoció personería adjetiva al apoderado de la demandada en reconvención.¹⁵

8. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de julio 11 de 2000¹⁶, el Tribunal Administrativo a quo ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión.

Tanto la parte demandante¹⁷ como la demandada¹⁸ presentaron sus alegatos en término.

8.1. Alegatos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La parte actora reiteró lo expresado en la demanda y concluyó que en el proceso se demostró que la sociedad demandada incumplió el contrato sin justificación legal alguna, en razón de lo cual solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda de reconvención y que se despacharan favorablemente las pretensiones de la demanda presentada por el Ministerio.

8.2. Alegatos de la sociedad demandada.

En el escrito contentivo de los alegatos de conclusión la sociedad demandada, en esencia, ratificó los argumentos esgrimidos tanto en la contestación de la demanda como en la demanda de reconvención; efectuó una relación de diversas

¹³ Folios 22 a 28 del cuaderno 2.

¹⁴ Folios 92 y 93 cuaderno 1.

¹⁵ Folios 116 y 117 del cuaderno 1.

¹⁶ Folio 164 cuaderno 1.

¹⁷ Folios 166 a 169 cuaderno 1.

¹⁸ Folios 152 a 157 cuaderno 1.

actuaciones y comunicaciones, a partir de las cuales concluyó que el Ministerio carecía de pruebas para demostrar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de esta sociedad, a partir de lo cual pidió denegar las pretensiones formuladas por el Ministerio en la demanda y conceder las pretensiones de la demanda de reconvención.

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia -en el presente asunto- el 3 de octubre de 2000¹⁹, mediante la cual encontró probado el incumplimiento de la sociedad demandada y, además, declaró que la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público debía pagar a la demandante en reconvención la cantidad de \$ 81'617.586,50, por concepto de la ejecución del contrato adicional.

Argumentó el Tribunal Administrativo *a quo* que la sociedad demandada incumplió con sus obligaciones contractuales, las cuales eran de medio y no de resultado, por lo que era a la contratista y no al Ministerio a quien correspondía probar el cumplimiento de la obligación de vigilar y esto no se encontraba acreditado en el proceso.

Negó el *a quo* la petición relativa a la imposición de la multa en tanto entendió que el propósito de ésta era el apremio al contratista para que ejecutara las obligaciones, por lo cual carecía de sentido imponerla después de la terminación del contrato.

Consideró el Tribunal que la sociedad demandada debía ser condenada a pagar el valor correspondiente a la cláusula penal prevista en el contrato, por un monto equivalente al treinta por ciento del valor estipulado en el contrato, en razón de las conductas con las cuales se acreditaba el incumplimiento.

Desestimó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la pretensión de liquidación del contrato, formulada en la demanda de reconvención, en tanto consideró que no había lugar a la misma, en razón de que en el contrato no se había pactado esta obligación y, además, porque la naturaleza del contrato no imponía la liquidación.

También encontró el Tribunal que la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público no pagó a la demandada el valor correspondiente al servicio prestado durante la prórroga del contrato y la condenó a efectuar el pago actualizado, después de efectuar la deducción del valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria.

La Magistrada Myriam Guerrero de Escobar salvó el voto, en cuyo escrito manifestó su desacuerdo con la decisión en los puntos relativos a la imposición de la multa, a la liquidación del contrato y al *quantum* de la cláusula penal pecuniaria, en tanto consideró que las dos primeras debieron prosperar y respecto de la tercera expresó que *"no se entiende cuál sea el criterio o razón para que, como allí se afirma, proceda su fijación 'al arbitrio judicial' y en ejercicio de dicho arbitrio se determine tal valor en un 30% del valor estipulado (10% del valor total del contrato)"*²⁰.

¹⁹ Folios 171 a 189 del cuaderno principal.

²⁰ Folios 192 a 194 del cuaderno principal.

10. El recurso de apelación

Inconformes con la decisión anterior, tanto la parte actora principal²¹, como la sociedad demandante en reconvención²², interpusieron recursos de apelación.

La primera solicitó; **i)** la revocatoria de la denegación de la pretensión de pago de la multa, en virtud de que se había probado el incumplimiento; **ii)** que se reconociera a su favor el 100% del valor correspondiente a la cláusula penal, dado el incumplimiento del contrato; **iii)** que se revocara la condena al pago del contrato adicional, toda vez que en el expediente se encontraba suficientemente acreditado su pago y **iv)** que se ordenara el pago de los bienes hurtados a la entidad. Solicitó el Ministerio *“REVOCAR TOTALMENTE, el artículo 2º del fallo de fecha 3 de octubre de 2000, y modificar el artículo 1 del mismo, de conformidad con las consideraciones anotadas en este escrito, y en su defecto conceder la totalidad de las pretensiones de la demanda”*.

La sociedad demandada solicitó revocar la sentencia en los aspectos que consideró desfavorables para ella, específicamente hizo referencia a los siguientes temas: **i)** expresó que no se presentó incumplimiento definitivo de la sociedad; **ii)** reclamó por la ausencia de pronunciamiento del Tribunal respecto del incumplimiento del contrato por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **iii)** expuso su disconformidad con la negativa a liquidar el contrato; **iv)** expresó que no debía pagar suma alguna al Ministerio por concepto de multa, de cláusula penal y de los objetos extraviados y **v)** Afirmó que no hubo *perjuicios demostrables*.

11. Actuación en segunda instancia.

11.1. Mediante auto del 23 febrero de 2001, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de octubre de 2000²³.

11.2. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 23 de marzo de 2001, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto²⁴.

Únicamente la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., presentó alegatos de conclusión.

11.2.1. Alegatos de la sociedad demandada.

Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto declaró el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad; solicitó la declaratoria de que esta sociedad no debía al Ministerio suma alguna por concepto de cláusula penal o de multa; pidió la confirmación de la sentencia en lo relativo a la decisión de que la sociedad no debía pagar valor alguno por concepto de los objetos hurtados en la entidad²⁵.

11.2.2. Concepto del Ministerio Público.

²¹ Folios 198 a 201 del cuaderno principal.

²² Folios 207 a 210 del cuaderno principal.

²³ Folio 212 del cuaderno principal.

²⁴ Folio 214 del cuaderno principal.

²⁵ Folios 215 y 215A del cuaderno principal.

El Ministerio Público emitió concepto en el cual solicitó la modificación de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 3 de octubre de 2000, para que en su lugar sean denegadas todas las pretensiones de la demanda inicial y del libelo de reconvención, dado que la mayoría de las pruebas arrimadas al proceso fueron allegadas en fotocopia simple, *“que ningún valor probatorio tienen para efectos del proceso, en tanto no cumplen con los presupuestos legales para otorgarles el valor de documentos”*²⁶

II. CONSIDERACIONES

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: **1)** competencia de la Sala para conocer del asunto; **2)** los fundamentos de derecho de las pretensiones; **3)** Objeto del recurso de apelación; **4)** las pruebas aportadas al proceso; **5)** La notificación de la Resolución 4254 de 1995; **6)** El incumplimiento alegado por el Ministerio; **7)** La cuenta sin pagar; **8)** La liquidación del contrato; **9)** las costas.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75²⁷ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto, para los efectos de dicha Ley, tanto la Nación Colombiana como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tienen el carácter de entidades estatales.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.**”*²⁸ (Negrilla fuera del texto)

²⁶ Folios 216 a 236 del cuaderno principal.

²⁷ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

²⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”²⁹

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los

²⁹ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

*“a) **La Nación**, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, **los ministerios**, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

“(...)”

distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

“(…).”

2. Los fundamentos de derecho de las pretensiones.

De conformidad con el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., la obligación que le asiste al demandante de citar en su escrito de demanda las normas que considera violadas, así como el concepto de su violación, depende de si las pretensiones tienen como propósito, o no, la impugnación de actos administrativos. Cabe precisar que este requisito sólo se hace necesario en las acciones que tengan como objeto la nulidad de actos administrativos, puesto que en las acciones puramente reparatorias rige el principio *iura novit curia*, según el cual le corresponde al juez aplicar el derecho vigente.

La jurisprudencia de la Sala se ha referido al tema en los términos que se transcriben a continuación, dada la pertinencia en relación con lo que se estudia en el presente proceso judicial:

"I. La acción intentada. - Es claro que la acción que se ejerció con los propósitos definidos en las pretensiones es de naturaleza contractual, es decir, de aquellos que consagra el art. 87 del C.C.A.; se constata, igualmente, que, en la demanda, se acumularon dos clases de pretensiones, perfectamente acumulables, a saber: Las dos primeras tendientes a dejar sin validez las resoluciones 17422/91 y 3017/92, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por cuya virtud se declaró el incumplimiento del contrato No. 7189 que tenía celebrado con la Sociedad demandante, se ordenó su liquidación y se dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (pretensión primera) y a que se declarase que la actora no estaba en la obligación de hacer pago alguno en razón de dicha cláusula o a que se ordenase la devolución de cuanto hubiere pagado por ese concepto (pretensión segunda).

"Las dos siguientes persiguen que se declare la responsabilidad del Fondo Aeronáutico Nacional en cuanto, al no contar con las obras preliminares necesarias, el contratista debió prolongar la ejecución de la obra en 9.1/2 meses (pretensión tercera), circunstancia que supuso sobrecostos que está reclamando en la demanda (pretensión cuarta).

"Es importante precisar los dos bloques de pretensiones por cuanto obedecen a causas distintas: las dos primeras se originan en un acto administrativo unilateral de naturaleza contractual mientras que las dos últimas tienen su fuente en hechos que la demandante imputa al demandado.

"Ese motivo -en cuanto a la demanda concierne- determina que la exigencia del ordinal cuarto del art. 137 del C.C.A. se cumpla de manera diferente, según que la pretensión tenga origen en actos administrativos o en hechos de las partes.

"En efecto, si las pretensiones toman como fundamento los hechos de las partes, la carga procesal del actor quedará satisfecha con la simple invocación de los fundamentos de derecho, pues, en esta materia tiene pleno vigor el principio conocido como iura novit curia, según el cual, es deber del juez la aplicación de las normas que corresponda para los hechos que le presentan las partes y que se prueban en el proceso.

"Más exigente es la tarea del demandante cuando de la impugnación de actos administrativos unilaterales, se trata.

"En ese evento deberá indicar las normas que estima violadas y el concepto de su violación, exigencia que se estima normal si se considera que el juez administrativo, en principio, no ejerce un control general de legalidad del acto administrativo institución que, por lo demás, está revestida de ciertos privilegios tales como las presunciones de legalidad y de veracidad que, si bien son desvirtuables, dicha tarea corresponde al actor para lo cual debe establecer las normas con las cuales desea que el Juez confronte el acto

*cuestionado y las razones de incompatibilidad que encuentra entre los extremos a compararse.*³⁰

Si bien el tema relacionado con los fundamentos de derecho de las pretensiones de la demanda de reconvención se expondrá más adelante, se observa que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se limitó a citar las normas jurídicas que consideró vulneradas, sin hacer expresos los motivos de su violación, con lo cual quedó satisfecha su carga procesal, en aplicación del principio *iura novit curia*, dado que sus pretensiones toman como fundamento hechos ocurridos en ejecución de un contrato estatal.

3. Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar que el recurso de apelación formulado por las partes contra el fallo de primera instancia se encuentra dirigido a cuestionar la totalidad de la decisión, así:

i) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público pidió revocar la parte de la sentencia que la condena a pagar a la contratista el valor correspondiente al contrato adicional, en razón de que el mismo ya le había sido cancelado al contratista; también solicitó que le fuera reconocida una suma de dinero mayor por concepto de cláusula penal, así como el valor de la multa y el valor correspondiente a los bienes hurtados en la entidad;

ii) La sociedad demandada y reconviniendo solicitó revocar la sentencia en la parte correspondiente a la declaratoria de incumplimiento de esta sociedad, así como en la parte correspondiente a la cláusula penal y su confirmación en los apartes relativos a la negativa a reconocer el valor correspondiente a la multa y al valor de los elementos hurtados en el Ministerio; también solicitó la declaratoria de incumplimiento del Ministerio y la liquidación del contrato.

Conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los aspectos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..)”* (negritas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 16 de 1999, radicado 12242, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Esta Sección ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, como se expresa en el siguiente pronunciamiento:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”³¹.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante en la sentencia de primera instancia. Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

“En efecto, la no reformatio in pejus, o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos³²:

*“Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’ (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**” (Se resalta y subraya)*

“La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio”³³.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700).

Resulta claro entonces que el límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, el cual se complementa de manera diáfana con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

Bajo esta perspectiva cobra pleno sentido que la propia ley se hubiere ocupado de precisar que tales limitaciones, las cuales restringen las competencias del juez de segunda instancia, no tendrán aplicación cuando la apelación del fallo provenga de ambas partes –entiéndase demandante y demandada o, en cualquier caso, de intereses contrapuestos o, mejor aún, con pretensiones excluyentes entre sí–, al determinar expresamente: “[s]in embargo, cuando ambas partes hayan apelado ... el superior resolverá sin limitaciones” (artículo 357, inciso primero, parte final, C. de P. C.).

Ahora bien, lo anterior en modo alguno puede significar que en los eventos en los cuales se presenten intereses contrapuestos el juez puede a su arbitrio revivir la Litis, por cuanto, como lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sección, también en esos casos se encuentra limitado por los aspectos que hubieren sido objeto de apelación; en efecto, así se pronunció:

“Si bien es cierto que en los casos en los cuales la respectiva impugnación provenga de ambas partes o de intereses contrapuestos o, mejor aún, cuando las impugnaciones contengan pretensiones excluyentes entre sí, la ley autoriza al juez de segunda instancia para resolver la apelación sin limitaciones, no es menos cierto que ello no significa que en todos esos eventos, de manera categórica y absoluta, el ad quem deba o incluso pueda ‘revivir’ la litis en su integridad y examinar todos los aspectos, todos los puntos y todas las decisiones del fallo cuestionado, aunque ello no resultare necesario para la reforma de la sentencia apelada y aunque ello no hubieren sido objeto de ataque alguno; para la Sala, sin perjuicio de subrayar que la solución correspondiente deberá adoptarse consultando las particularidades que cada proceso concreto revele y amerite, dado que no es posible ni válido, por vía de las decisiones judiciales, formular sub-reglas que pudieren entenderse con alcance general para la totalidad de los casos similares, según lo prescribe con precisión el artículo 17 del Código Civil³⁴, no es menos cierto que aun en casos como el que ahora se examina, en cuanto las apelaciones correspondientes provienen de ambas partes (demandante y demandada), de todas formas será menester la observancia de las limitaciones materiales que restringen la competencia del juez superior al examen de los aspectos cuestionados de manera puntual y específica, en el entendido de que la facultad de resolver ‘sin limitaciones’ bien puede entenderse referida a la posibilidad de que en esas precisas materias – constitutivas del objeto de la apelación–, el fallo de segunda instancia pueda dictarse a favor o en perjuicio de cualquiera de los apelantes, sin tener, por tanto, que mantener para uno de ellos los términos o condiciones que le hubieren sido definidos en la decisión de la primera instancia³⁵.”³⁶

³⁴ Así reza el texto del artículo 17 del Código Civil:

*“Artículo 17.- Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. **Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria**”.* (Se deja resaltado en negrillas).

³⁵ Original de la Sentencia en cita: *“Piénsese, por ejemplo, que en un fallo de primera instancia se hubieren denegado las excepciones de nulidad del contrato y de contrato no cumplido que en su momento hubiere formulado y sustentado, en su defensa, la parte demandada, al tiempo que se hubiere accedido a la pretensión del demandante consistente en declarar el incumplimiento del*

En el presente caso encuentra la Sala que precisamente en virtud del contenido y de la sustentación de los respectivos recursos de apelación, debe ocuparse de examinar la totalidad de las pretensiones formuladas tanto en la demanda presentada por el Ministerio de Hacienda como en la demanda de reconvención, toda vez que al cotejar los respectivos recursos se encuentra que el único punto en el cual no se plantearon observaciones por las partes fue en el relativo a las costas, lo cual no obsta para que también ese tema se examine en esta instancia, toda vez que respecto de este asunto no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, por cuanto éste sólo impone al juez en esta instancia el deber de preservar **el fallo apelado** en todo aquello que resultare favorable para el apelante y, como resulta apenas obvio, las costas que se causaren en esta instancia no forman parte de tal fallo.

4. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo³⁷ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía³⁸ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

contrato y como consecuencia de ello se hubiere condenado al demandado a indemnizar los perjuicios ocasionados por su responsabilidad mediante el pago de una suma de dinero más el reconocimiento de intereses corrientes causados durante un lapso y de moratorios durante otro período de tiempo; añádase a lo anterior que tanto el demandante como el demandado convienen en admitir que las razones expuestas y las decisiones adoptadas por el juez de primera instancia en relación con la denegación de las excepciones, con la declaratoria de incumplimiento del contrato, con la tasación de los perjuicios correspondientes e incluso con la determinación de los intereses corrientes causados resultan perfectamente válidas, ajustadas al ordenamiento jurídico y suficientemente soportadas en el material probatorio arrojado al expediente, razones por las cuales cada una de tales partes manifiesta, de manera expresa, su conformidad para con esos aspectos del fallo. Supóngase, además, que en lo único en lo que cada parte (demandante y demandada) discrepa del fallo es en la determinación de la tasa de interés moratorio aplicable, comoquiera que mientras el demandante estima que allí se cometió un error y que la tasa correspondiente debe ser más alta a la indicada por el a quo, por su parte el demandado coincide en señalar como equivocada la decisión del juez por considerar que la tasa de interés moratorio debe ser muy inferior a la consignada en el fallo de primer grado.

Ante esa imaginaria situación resulta claro que el juez de segunda instancia podría y debería resolver sin limitaciones, esto es que al proferir el fallo de segundo grado no estará obligado a respetar la situación definida ab initio para alguno de los apelantes, puesto que bien podría –consultando, claro está, tanto el ordenamiento vigente como las particularidades del caso concreto– modificar el fallo para incrementar la tasa de interés moratorio –cuestión que haría más gravosa la situación del demandado– o, por el contrario, reformarlo para precisar que en la referida tasa de interés moratorio debe ser muy inferior a la establecida en el fallo de primera instancia –perjudicando así a la parte demandante–, ajustándose así plenamente a las previsiones y dictados del artículo 357 del C. de P. C., pero sin adentrarse a revisar y menos a modificar aquellos aspectos del fallo inicial con cuyos análisis y decisión se encuentran satisfechas las partes (validez del contrato, incumplimiento del contrato, perjuicios ocasionados, monto de los perjuicios, tasa de interés corriente, etc.), al punto que sobre esas materias nada cuestionaron y nada atacaron en sus correspondientes recursos de apelación.”

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 23 de 2009, Expediente 17160, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁷ Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

³⁸ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.³⁹, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el

³⁹ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Valor de los documentos aportados en copia simple por los apoderados de la entidad demandante.

Encuentra la Sala que algunos de los documentos aportados al proceso, entre los cuales se encuentra el propio contrato demandado, se aportaron al proceso en copia simple por las partes del proceso.

Pese a que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, la Sala observa que muchas de ellas fueron aportadas por los propios apoderados de la misma entidad pública que profirió los documentos, en virtud de lo cual hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como copias auténticas, en razón de que dada la obligación legal asignada a las entidades públicas para que administren sus archivos y velen por su integridad, autenticidad y fidelidad, es preciso señalar que los actos o documentos creados por ellas mismas necesariamente reposan, o al menos deben reposar, en su archivo bajo las condiciones de veracidad exigidas por la normativa legal que regula la materia⁴⁰ y, de acuerdo con los postulados del

⁴⁰La Ley 57 de 1985, se ocupó del tema de la publicidad de los actos y documentos oficiales y en su artículo 12 dispuso lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

La Ley 80 de 1989, por la cual se creó el Archivo General de la Nación y se dictaron otras disposiciones, consagró en el artículo 3º el carácter obligatorio del Sistema Nacional de Archivo, en los siguientes términos:

“El Sistema Nacional de Archivo tendrá carácter de programa especial, para todas las instituciones archivísticas y colecciones documentales públicas y privadas, del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal y distrital.”

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 594 de 2000, constituye responsabilidad de toda entidad pública gestionar sus documentos y administrar sus archivos, a efectos de cumplir con la obligación dispuesta en los artículos 11 y 16 de la misma Ley, que en su orden prescriben:

“Artículo 11: “Obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos. El Estado está obligado a la creación, organización, preservación y control de los archivos, teniendo en cuenta los principios de procedencia y orden original, el ciclo vital de los documentos y la normatividad archivística.”

“Artículo 12: Responsabilidad. La administración pública será responsable de la gestión de documentos y de la administración de sus archivos.”

*“Artículo 16: Obligaciones de los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas. Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo cargo estén los archivos públicos, **tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo** y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos.” (Resalta la Sala)*

Principio Constitucional de la Buena Fe⁴¹ (Principio General de Derecho), no podría esperarse de los apoderados un comportamiento diferente a la defensa de las entidades a las cuales representan en los procesos judiciales y, tanto de parte de la Administración Pública como de sus apoderados, la debida aportación de esos documentos, comoquiera que fueron las mismas entidades quienes los expidieron y cuando el apoderado actúa es la parte quien lo hace.

De acuerdo con el principio de la *bona fides*, tanto la Administración, bien sea directamente o a través de sus apoderados, como el administrado tienen la obligación de actuar con lealtad en cualquier etapa o evento de sus relaciones; así pues, cuando la entidad que profirió un determinado acto administrativo o produjo un documento lo aporta a un proceso, se tiene la confianza legítima en que ésta allegará lo solicitado de conformidad con las exigencias normativas y no tendría por qué hacerlo de otra forma; por ende, en el evento de que al proceso se aporte ese acto o cualquier otro documento que tenga su génesis en la misma entidad que lo allega, éste deberá considerarse como auténtico, toda vez que no cabe esperar de la Administración Pública y de sus apoderados una conducta diferente a que la copia aportada sea fidedigna respecto de su original, pues quién más que ella misma para constatar y dar cuenta de su veracidad al punto de que la propia entidad pública se encuentra legalmente autorizada para autenticar los documentos que reposan en sus archivos y expedir copias válidas de los mismos.

Cabe advertir al respecto que, en todo caso, estos documentos podrán ser tachados de falsedad en el proceso, de acuerdo con el artículo 252 del C. de P. C., pero mientras ello no ocurra, las copias simples aportadas por la misma entidad que creó o produjo los actos o documentos originarios, o por medio de sus apoderados, se reputarán auténticas. Al valor de las copias emanadas de la entidad se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera, en los siguientes términos:

“[S]e tiene que el numeral 1º del artículo 254 del C. de P. C., en relación con la competencia de las entidades públicas para verificar la autenticidad de las copias, consagra, a su vez, dos supuestos: en primer término contempla el caso de que en la entidad reposa el original o la copia auténtica de un acto o documento que no sea de su autoría y de los cuales, sin embargo, se solicite una copia. En ese evento, el funcionario competente la expedirá, señalando, expresamente, su coincidencia con el respectivo original o con la copia auténtica, pues sólo de esta forma esa nueva copia se reputará, igualmente, auténtica; y, en segundo lugar, se tendrán como auténticas también aquellas copias aportadas por la misma entidad pública que produjo o creó los actos o documentos originarios, sea que en ellos se certifique su concordancia con el original o con la copia auténtica o que, simplemente, los aporte en copia simple, ya que, como se dijo anteriormente, no tendría por qué aportarlas en condiciones disímiles a su original, amén de que en todos los casos la contraparte mantiene a salvo su derecho para controvertir, cuestionar e incluso tachar tales documentos si estima contar con elementos suficientes para dudar de su veracidad o autenticidad e incluso para concluir acerca de la falsedad de los mismos.

“Según lo expuesto, las copias aportadas a un proceso, previa autorización del respectivo director de oficina administrativa, sólo se tendrán como

⁴¹ Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política prescribe: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

*auténticas cuando se manifieste su coincidencia con el original o con copia autenticada y, de no ser así, se verificará si el documento que fue aportado fue, a la vez, proferido o creado por la misma entidad pública que lo allega, pues en ese caso se tendrá como auténtico.*⁴²

De conformidad con lo expuesto, en el presente caso la Sala valorará como auténticas las copias simples de los documentos aportados al proceso por los apoderados de la entidad pública demandante, siempre y cuando los documentos provengan de la misma entidad, no así los documentos en copia simple aportados por el demandado, los cuales, como antes se expresó, carecen de autenticidad.

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

4.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

4.1.1. Documento original contentivo de un oficio calendado el 2 de diciembre de 1994, mediante el cual el gerente de la contratista le informó al Ministerio que en esa fecha hacía entrega de los radios de comunicación ofrecidos y, además, le expresó que *“La demora en el suministro de los anteriores equipos, se debió, a inconvenientes que tuvimos para obtener la mejor comunicación posible”*, (folio 129 C4).

4.1.2. Documento original que contiene una comunicación emanada de la gerencia de la contratista, fechada el 27 de diciembre de 1994, a través de la cual le informó a la entidad pública contratante que había tomado nota de los hurtos ocurridos en una de las bodegas a su cargo, (folios 130 a 131 del C4).

4.1.3. Documento original que contiene un oficio remitido por la sociedad contratista al Ministerio, en febrero 23 de 1995, en el cual le anunció la reposición de algunos de los objetos perdidos del Ministerio: dos parlantes para discman y un esfero marca Scheffer, (fl. 133 C4).

4.1.4. Original de un oficio emanado de la contratista, calendado el 21 de abril de 1995, mediante el cual manifestó algunas inquietudes relacionadas con la utilización de computadores portátiles, dado que se requiere distinguir aquellos que pertenecen a los funcionarios de los propios de la entidad, con el fin de disponer de un control efectivo sobre los mismos, (folio 154 C4).

4.1.5. Original de una comunicación, fechada el 29 de junio de 1995, dirigida por la Secretaria Administrativa del Ministerio al Gerente de la sociedad contratista, en la cual le informó de la pérdida de unos objetos en la oficina del Ministro y, además, le solicitó el reconocimiento del valor de los mismos, (folio 136 C4).

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 4 de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

4.1.6. Original de un oficio calendado el 29 de junio de 1995, en el cual la contratista le anunció al Jefe de Seguridad del Ministerio la entrega de un cheque correspondiente al valor de los objetos perdidos en la oficina del Ministro, (folio 138 C4).

4.1.7. Oficio dirigido por la Secretaria del Viceministerio Técnico al Secretario de Servicios del Ministerio, en octubre 20 de 1995, en el cual le expresó agradecimiento y felicitación a la Compañía de Vigilancia por haberle guardado un dinero que había dejado en el cajón abierto de su escritorio, (folio 139 C4).

4.1.8. Copia auténtica del contrato adicional en valor y prórroga del plazo del contrato principal de prestación de servicios, cuya fecha no aparece legible, (folios 140 a 141 C4).

4.1.9. Original del acta de entrega y recibo del puesto de vigilancia, suscrita el 15 de diciembre de 1995, (folio 142 C4).

4.1.10. Original de la factura cambiaria de compraventa número 13376, expedida por la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por valor de \$32'879.464,60, correspondiente a los servicios de vigilancia prestados en ejecución del contrato adicional en valor y prórroga del plazo del contrato principal de prestación de servicios, durante el período comprendido entre el 15 noviembre y el 14 de diciembre de 1995, la cual fue pagada por la entidad, (folios 143 y 144 C4).

4.1.11. Copia auténtica de un oficio dirigido por la contratista al Ministerio de Hacienda, en abril 15 de 1996, en el cual le solicitó el pago de la factura número 13376, (folio 145 C4).

4.1.12. Original de un certificado de existencia y representación legal de la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Limitada, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 9 de diciembre de 1998, (folios 155 y 156 C4).

4.2. Aportados por los apoderados del Ministerio.

Los siguientes documentos fueron aportados en copia simple por los apoderados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y provienen de la propia entidad, razón por la cual, como antes se expuso, serán valorados como pruebas válidas:

4.2.1. Contrato Estatal de Prestación de Servicios, suscrito entre la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a nombre de la Nación, y la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., distinguido con el código 3.2.59.94, celebrado el día 10 de noviembre de 1994, del cual se destacan las siguientes cláusulas, (folios 40 a 43 del segundo cuaderno):

***"PRIMERA.- objeto del contrato:** el objeto del presente contrato es la prestación por parte del **CONTRATISTA a la NACION**, del servicio de vigilancia en los siguientes edificios: (...).*

"(...).

***"CUARTA.- duración:** La duración del presente contrato es de un (1) año contado a partir del 15 de noviembre de 1.994, previa la comunicación de la*

resolución aprobatoria de la garantía a que se refiere la cláusula sexta del mismo, y de su perfeccionamiento;

“QUINTA.- valor del contrato y forma de pago: el valor monetario del presente contrato es de **TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$340.443.480.OO) M/cte**, suma que la **NACION** pagará al **CONTRATISTA** por cuotas mensuales vencidas de **VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS (\$28.370.290.oo) M/cte**. cada una, por intermedio de la División de Pagaduría de la Subsecretaría Financiera de la Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previa presentación del certificado de cumplimiento correspondiente expedido por la Subsecretaría de Servicios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“(…)

“SEPTIMA.- multas: en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del **CONTRATISTA**, la **NACION** podrá imponer a ésta mediante resolución motivada multas sucesivas hasta por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, según la gravedad del incumplimiento a juicio de ella (artículo 40 de la Ley 80 de 1993).

“OCTAVA.- cláusula penal pecuniaria: en caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones por parte del **CONTRATISTA**, éste pagará a la **NACION** a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, y su valor se imputará al de los perjuicios que reciba la **NACION** por su incumplimiento (artículo 40 de la Ley 80 de 1993).

“(…).”

4.2.2. Resolución número 4097 de noviembre 11 de 1994, “Por la cual se aprueba una garantía a favor de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, (folios 8 y 9 del cuarto cuaderno).

4.2.3. Diligencias de inspección administrativa celebrada en la entidad, con la presencia del DAS, celebrada el 28 de noviembre de 1994, en la cual se registró el hurto de “elementos devolutivos” del Almacén General del Ministerio de Hacienda y Crédito público, por valor de \$30'000.000.oo, lo cual habría ocurrido presuntamente en el fin de semana de 26 a 27 de noviembre de 1994; se lee en el acta que se encontró “la puerta principal de acceso a la bodega en la parte inferior cerca al candado la malla rota con señales de violencia”, (folios 19 y 20 del cuarto cuaderno).

4.2.4. Documento contentivo de una comunicación emanada de la entidad y dirigida al Gerente de la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., en la cual le informó lo siguiente (folio 49 del cuarto cuaderno):

“Como es de conocimiento del Mayor (r) **Víctor Manuel Pedreros R.** Director de operaciones de esa firma, me permito informarle que en el fin de semana fueron hurtados varios elementos dentro de los cuales se encontraban equipos telefónicos con sus respectivas tarjetas, Fax, microcomputadores portátiles, máquinas de escribir, etc, de una bodega del segundo y primer piso del Edificio Vanytex.

“Esto con el fin que (sic) se realice una investigación al personal que se encontraba de servicio en el turno nocturno del 24 de Noviembre de 1994, al turno que amaneció el 28 de Noviembre de 1994.

“En razón a que se está verificando físicamente el inventario para determinar el número de elementos hurtados le comunico que una vez determinada la labor se efectuará la correspondiente reclamación anexando copia de la denuncia, en cumplimiento de la cláusula segunda, numeral 3 del Contrato Código 3.2.59.94.”

4.2.5. Documentos remitidos por la entidad contratante a la sociedad contratista, en los cuales le anuncia la remisión de la denuncia, así como el inventario de los elementos hurtados del almacén del Ministerio, los cuales valoraron en \$ 23'112.321,80, además de unos elementos que se encontraban pendientes de valorar, (folios 50 a 56 del cuarto cuaderno).

4.2.6. Diligencia de declaración rendida por la señora almacenista de la entidad, Libia Rodríguez Álvarez, en la cual expresó que *“Me parece imposible que tal cantidad de elementos hayan salido del edificio sin que los celadores se hayan dado cuenta”*, (folios 21 a 23 del cuarto cuaderno).

4.2.7. Declaración rendida por la Jefe de Grupo de Almacén de la Subsecretaría de Servicios de la Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público –señora Soledad Matiz Pinzón- ésta sostuvo que si bien desconocía quiénes habían hurtado los elementos del Almacén, no obstante *“considero que dada la cantidad de bienes y en parte donde se encontraban ubicados pueden estar implicados los celadores”*, (folios 24 a 26 del cuarto cuaderno).

4.2.8. Declaración rendida por el señor Harbey Lasso Navia, funcionario de la Secretaría de Servicios del Almacén General del Ministerio, de la cual se destaca lo siguiente: *“El día sábado 26 de noviembre/94, a eso de las 9 de la mañana, cuando nos disponíamos junto con otros compañeros que venían a laborar ese día a ingresar al Edificio Vanitex, luego de tocar en varias oportunidades a la puerta nos dimos cuenta que los vigilantes de la Compañía Industrial de Seguridad no se encontraban en el sitio de trabajo, luego de varios intentos al escuchar voces en la parte superior del edificio nos dimos cuenta que los celadores se encontraban en el 6º piso”*, (folios 27 y 28 del cuarto cuaderno). En el mismo sentido las declaraciones rendidas por los funcionarios Lillia María Toledo Barrero (folios 29 y 30 del cuarto cuaderno), Jairo Manuel Franco Vargas (folios 31 y 32 del cuarto cuaderno), Manuel Rivas Ovalle (folios 35 y 36 del cuarto cuaderno), José Alfonso Urrego Tijaro (folio 37 del cuarto cuaderno) y José Idelio Esquinas Fisco (folios 38 y 39 del cuarto cuaderno).

4.2.9. Documentos contentivos de las declaraciones rendidas por los siguientes empleados de la sociedad contratista: i) Nelson Ferrer Ferrer (folios 41 y 42 del cuarto cuaderno); ii) Eduardo Vera Trujillo (folios 43 y 44 del cuarto cuaderno); iii) Luis Jesús Blanco Sierra (folios 45 y 46 del cuarto cuaderno); iv) Raúl Antonio Gómez Garzón (folios 47 y 48 del cuarto cuaderno), quienes manifestaron no tener conocimiento acerca de lo ocurrido y explicaron el hecho de que los vigilantes hubieran estado en un piso diferente el día 26 de noviembre de 1994 al daño de un ascensor.

4.2.10. Documento contentivo de una comunicación emanada del señor Carlos Enrique García, profesional especializado del Grupo de Estudios de la

Subdirección Técnica de la entidad y dirigida al Coordinador Administrativo de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio, calendada el 19 de diciembre de 1994, en la cual le informó que encontró violentada la chapa de su escritorio, (folio 57 del cuarto cuaderno); así como del oficio mediante el cual la Secretaria Administrativa del Ministerio informaba de la situación a la sociedad contratista y le pedía remover del cargo a los vigilantes que se encontraban prestando el servicio durante ese fin de semana, (folio 60 del cuarto cuaderno).

4.2.11. Documentos contentivos del oficio fechado el 30 de diciembre de 1994, en el cual el señor Luis Hermides Muñoz Loaiza –Tecnico Administrativo e la División de Desarrollo del Ministerio- informó al Jefe de Grupo de Administración y Mantenimiento de la Subsecretaría de Servicios, acerca de la pérdida de seis teléfonos que iban a ser reintegrados al inventario, (folios 58 y 59 del cuarto cuaderno), así como de la denuncia puesta en la Inspección 17B de la Alcaldía La Candelaria, de la ciudad de Bogotá, con su respectiva valoración, la cual ascendía a la suma de \$ 305.091,10 (folio 61 del cuarto cuaderno) y de la transmisión de esta información al Gerente General de la sociedad contratista (folio 62 del cuarto cuaderno).

4.2.11. Oficio remitido por la entidad al Gerente de la contratista, en enero 5 de 1995, en el cual le formuló algunas quejas relacionadas con faltas del personal de vigilancia y también con la pérdida de elementos, (folios 63 y 64 del cuarto cuaderno).

4.2.12. Oficio de la entidad, dirigido al Gerente General de la sociedad contratista, el día 4 de abril de 1995, en el cual le pidió que le informara la fecha exacta en la cual iban a restituirle a la entidad los elementos hurtados en las bodegas del Almacén del Ministerio, (folio 66 del cuarto cuaderno).

4.2.13. Documentos contentivos del oficio de la entidad, calendado el 21 de abril de 1995, a través del cual ponía a disposición de la Inspección 17B de la Alcaldía Menor de la Candelaria, el denuncia por el hurto de un teléfono marca Siemens, sucedido en una de las sedes de la entidad, así como del envío de la copia de la denuncia al Gerente General de la sociedad contratista, (folios 69 a 71 del cuarto cuaderno).

4.2.14. Oficio calendado el 17 de mayo de 1995, dirigido a la contratista, mediante el cual le informó acerca de las personas que participarían por la entidad en la investigación sobre los hurtos ocurridos en el Almacén General del Ministerio – edificio Vanytex-; la invitó a que se efectuara una inspección administrativa y le pidió información acerca del personal que se encontraba de turno durante el fin de semana en el cual se presentó el hurto, (folio 72 del cuarto cuaderno).

4.2.15. Oficio fechado el 19 de mayo de 1995, a través del cual la entidad le da a conocer al Gerente General de la contratista una serie de anomalías relacionadas con el servicio: i) ingreso de personas sin autorización, algunas de las cuales agredieron a un funcionario de la entidad; ii) abandono del puesto en horas de trabajo; ii) anotaciones equivocadas respecto del número de objetos que se ingresan a la entidad; iii) falta de requisas y de entrega de fichas de visitantes y boletas de control en todos los casos; iv) ingreso de funcionarios armados sin haber sido requisados. En cada caso se relacionó el día, la hora y el número de la placa de los vigilantes que se encontraban en servicio y agregó que *“Todo esto demuestra el pésimo servicio que viene prestando el personal de vigilancia de esa compañía. Haciendo vulnerable el ingreso a las instalaciones con el propósito de cometer un atentado”*, (folios 73 y 74 del cuarto cuaderno).

4.2.16. Acta de la reunión de inspección administrativa llevada a cabo en las instalaciones de la entidad el día 22 de mayo de 1995, en la cual se realizó una completa y detallada revisión de cada una de las plantas del edificio y se detallaron los mecanismos de seguridad en cada una de las locaciones. La entidad recordó al contratista la obligación de restituir los elementos hurtados y la sociedad contratista insistió en la necesidad de contar con información proveniente de los organismos de seguridad del Estado, (folios 75 a 80 del cuarto cuaderno).

4.2.17. Oficio remitido por el Coordinador de Escoltas del Despacho del Director a la Secretaria General de la DIAN, en mayo 25 de 1995, acerca del ingreso de una persona armada al Despacho del Director, “*con un carné de Presidencia y sin ficha*”, lo cual había ocurrido en dos oportunidades más, (folio 83 del cuarto cuaderno).

4.2.18. Oficio emanado del Subsecretario de Servicios de la entidad y dirigido al Gerente General de la contratista el 1º de junio de 1995, mediante el cual le puso de presente la ocurrencia de varias anomalías presentadas con el personal de vigilancia, (folio 84 del cuarto cuaderno).

4.2.19. Acta de reunión de los integrantes de la comisión de investigación administrativa conjunta, celebrada el día 13 de junio de 1995, en la cual se expusieron las conclusiones que arrojaban las investigaciones relativas al hurto de elementos, las cuales, según la entidad, eran las siguientes: i) vacío de vigilancia, toda vez que no hubo reporte alguno del hurto y fueron los funcionarios del Ministerio quienes detectaron la rotura de la malla; ii) que si bien al momento de celebrar el contrato no se hizo una relación de los elementos contenidos en el almacén, se encontraba suficientemente acreditado el ingreso de los elementos hurtados al mismo, así como la constancia de que no habían sido retirados; iii) se probó que el hurto se produjo durante el fin de semana, dado que se acreditó que el almacenista dejó el lugar en perfecto estado; iv) que los vigilantes sí pueden constatar tanto la entrada como la salida de objetos de la entidad; v) el día 26 de noviembre de 1994 a las 9:00 A.M. se detectó que la vigilancia había abandonado las puertas de acceso al edificio.

Manifestó el Director de Servicio al Cliente de la contratista que para esa sociedad no resultaba claro que el siniestro se hubiere presentado por falta de precaución de la vigilancia, lo cual concluía de los conceptos emitidos por los vigilantes, (folios 85 y 86 del cuarto cuaderno).

4.2.20. Oficio dirigido por la Secretaria del Despacho del Ministro al Subsecretario de Servicios Administrativos del Ministerio, en el cual le informaba acerca de la pérdida de algunos objetos de la oficina del Ministro, así como la puesta en conocimiento de la contratista acerca de esta situación, (folios 135 a 137 del cuarto cuaderno).

4.2.21. Acta correspondiente a una reunión celebrada el 11 de julio de 1995 entre el Director de Seguridad de la Entidad y el Director de Servicio al Cliente de la contratista, en la cual se expuso que se estaba presentando un incremento en la pérdida de elementos de las instalaciones del Edificio San Agustín, se relacionaron los elementos perdidos y se expresó preocupación de la entidad por la situación de orden público por la cual atravesaba el país, (folio 87 y 88 del cuarto cuaderno).

4.2.22. Acta de la reunión de seguridad celebrada el 18 de julio de 1995 entre el Director de Seguridad de la Entidad y el Director de Servicio al Cliente de la contratista, en la cual se pusieron de presente varias dificultades que se habían presentado con el personal de vigilancia; además el representante de la entidad preguntó por la restitución de los objetos hurtados en la bodega de almacén y el representante de la sociedad respondió que aún no contaba con información al respecto, (folios 89 a 91 del cuarto cuaderno).

4.2.23. Acta de seguridad, correspondiente a la reunión de julio 25 de 1995, en la cual se destacan problemas de comportamiento de los vigilantes, el no uso de los espejos para revisar los carros, la pérdidas de las llaves de la pantalla de Rayos X, la falta de experiencia del personal, exceso de confianza entre el personal de aseo y el personal de vigilancia. Se recalcó que los equipos de seguridad eran adecuados pero que el problema radicaba en el personal; el Director de Seguridad de la entidad manifestó que recibió en reposición el teléfono hurtado en la División de Desarrollo y el representante de la sociedad expresó que aún no contaba con información acerca de la restitución de los elementos hurtados en el almacén; se mencionó la importancia de dialogar con el personal de manera individual, (folios 92 a 97 del cuarto cuaderno).

4.2.24. Acta de la reunión de seguridad celebrada el 1 de agosto de 1995 entre el Director de Seguridad de la Entidad y el Director de Servicio al Cliente de la contratista, en la cual se destaca la ocurrencia de nuevos y pequeños hurtos, llegadas tarde del personal, no anuncio del personal que ingresaba al edificio, excesivo uso del teléfono, falta de espejo de seguridad, entre otros, (folios 98 a 100 del cuarto cuaderno).

4.2.25. Acta de la reunión de agosto 8 de 1995, en la cual, además de las quejas del Ministerio respecto del personal y de la extraña pérdida de un microcomputador, el representante de la entidad mencionó que existían contradicciones en las versiones de las últimas pérdidas de objetos y que, además, en ocasiones el personal no requisaba por miedo a las reacciones de las personas, (folios 101 a 104 del cuarto cuaderno).

4.2.26. Oficio emanado de la entidad el día 10 de agosto de 1985 y dirigido al Gerente General de la sociedad contratista, en el cual se le remitieron los antecedentes relacionados con la pérdida de un microcomputador portátil con el adaptador y el mouse; le fue remitida la copia del denuncia, además se le informó que en la dependencia se realizó una revisión exhaustiva, en compañía del vigilante de turno y se le reclamó responder por los objetos perdidos de conformidad con el contrato suscrito, (folio 105 del cuarto cuaderno).

4.2.27. El acta de seguridad correspondiente al 22 de agosto de 1995 da cuenta de que se seguían presentando dificultades con los vigilantes en la medida en que continuaban entrando personas a la entidad sin autorización, (folios 109 y 110 del cuarto cuaderno).

4.2.28. Resolución número 4254 de octubre 31 de 1995, *“Por la cual se declara administrativamente el incumplimiento en las obligaciones del contrato estatal de prestación de servicios de código 3.2.59-94, en la cual:*

i) Se realizó una relación de los objetos perdidos, con las respectivas denuncias formuladas y las comunicaciones efectuadas a la sociedad contratista;

ii) Se mencionaron los problemas que presentaban los vigilantes de la sociedad: llegadas tarde, falta de requisas, entrada de visitantes sin ser anunciados, retiros de los puestos de trabajo sin previo aviso, mala presentación, no utilización de espejos en los parqueaderos, entre otras;

iii) Relación de los cinco teléfonos restituidos por la contratista.

iv) Se expresó que las partes del contrato acordaron que de manera conjunta se realizarían las investigaciones relativas al hurto de elementos del Almacén General del Ministerio –Bodega Vanytex-.

v) Se dijo que la propuesta forma parte del contrato y que, en la misma la sociedad contratista expresó lo siguiente:

“Vigilaremos que todos los elementos de oficina no sean objeto de sustracción o daño. En caso de sustracción, los restituiremos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, una vez haya concluido la investigación administrativa que con el concurso de funcionarios de ambas partes se adelante y en la misma se declare la responsabilidad de nuestro empleado, por acción o por omisión. Para responder por las sustracciones que se puedan presentar, nuestra empresa mantendrá, durante la vigencia del contrato respectivo, la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, solicitada en el Pliego de Condiciones”.

vi) Se afirmó que en tres ocasiones se permitió el ingreso de personas armadas a la entidad;

vii) Se expuso que como se dejó constancia en el acta de seguridad del 13 de junio de 1995, para el Ministerio resultaba claro lo siguiente: a) que hubo un vacío en la vigilancia; b) que se ha obrado de buena fe por las partes; c) que quienes encontraron la malla rota y el faltante de los elementos fueron los funcionarios del Ministerio; d) que se detectó que la vigilancia había abandonado las puertas de acceso al edificio en el cual ocurrió el hurto; e) que una semana después de lo ocurrido faltaba un vigilante y el otro se encontraba por fuera de la edificación y e) que el representante de la sociedad sostuvo que no existía claridad acerca de la forma como ocurrieron las cosas.

viii) Se afirmó que del examen de las grabaciones que se hacían con las cámaras de vídeo, *“se observa la falta de revisión de los elementos que las personas sacan del Ministerio, lo que hace manifiesta la omisión constante en la revisión del personal que sale de la entidad”.*

x) Se expresó que en vista de la ocurrencia de incumplimientos reiterados la entidad decidió declarar el incumplimiento, pero que *“la corresponde por consiguiente al juez del contrato, ponderar la cuantía de la multa”.*

xi) Se decidió declarar *“administrativamente el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista del contrato estatal 3.2.59-94 (...) e “iniciar las acciones judiciales correspondientes para que el juez competente imponga y cuantifique el valor de la multa, por el incumplimiento”.*

4.2.29. Contrato adicional en valor y prórroga del plazo del código 3.2.82.95 al contrato principal de prestación de servicios de código 3.2.59.94 y su adicional de código No. 3.2.43-95, cuya fecha de suscripción resultó ilegible, en el cual se expresó que se adicionaba en virtud de que el Ministerio se encontraba

adelantando el procedimiento administrativo de selección, que se encontraba en la fase de adjudicación. Se destaca lo siguiente, (folios 32 a 33 del segundo cuaderno):

“PRIMERA.- PLAZO: *Prorrogar el plazo del contrato principal hasta el día 14 de diciembre de 1995.*

“SEGUNDA.- VALOR Y FORMA DE PAGO: *Adicionar el valor del contrato en la suma de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$32'879.364,60) M/CTE. La suma anteriormente mencionada, será cancelada al Contratista una vez vencido el plazo, previa presentación del certificado de cumplimiento del servicio, expedido por el Subsecretario de Servicios de la Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

“(…).”

4.2.30. Oficio dirigido por la entidad al Gerente General de la sociedad contratista el 28 de diciembre de 1995, en el cual le expresó que previo al pago de la última factura debía restituir un computador portátil marca Phillips y un teléfono marca Panasonic, que habían sido sustraídos de la oficina de inventarios de la DIAN y que en el evento de que no lo hiciera le sería descontado el valor comercial de estos objetos, (folio 150 C4).

4.2.30. Documento emanado de la Jefe del Grupo de Contratos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dirigido al representante legal de la sociedad contratista, en el cual le expuso que “[c]on la presente me permito comunicarle el contenido de la resolución No. 4254 del 31 de octubre de 1995”. En el oficio se expresó que el oficio contenía como anexo la Resolución 4254 del 31 de octubre de 1995 y una firma de haber sido recibido el día “13-12/95. Son 10 folios”, (folio 35 del segundo cuaderno).

4.2.31. Orden de pago proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por valor de \$ 32'879.364.60, fechado el 03/07/1996, cuyo concepto corresponde a “CANCELACIÓN GASTOS VIGENCIAS ANTERIORES (SERVICIO DE VIGILANCIA PRESTADA EN PERIODO: 15-11-95 AL 14-12-95. CONTRATO 3.2.43-95, SEGÚN RESOLUCIÓN No. 1385 DEL 20-06-96”. Este comprobante se acompañó del comprobante de egreso No. 03588 de julio 8 de 1996, en el cual se expresa que se pagó con el cheque número 9057220 de la cuenta corriente número 2600125 del Banco Popular y en la casilla de recibido aparece el nombre de Rosa Castro Riaño, identificada con la cédula 52'297.891 de Bogotá y un sello original de la sociedad contratista, con fecha 23/07/96, (folios 89 y 90 del segundo cuaderno).

4.3. Copias simples.

Al proceso se allegaron en copia simple varios documentos, los cuales fueron remitidos por los apoderados de la entidad pública demandante y proceden de otras entidades o personas, mas no de la propia entidad, los cuales, como antes se expresó, no pueden valorarse como si se tratara de originales o copias auténticas⁴³.

⁴³ Aparente certificación expedida por el Director de Relaciones Públicas de la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Ltda., en la cual se expresó que la apoderada del Ministerio se había hecho presente en sus instalaciones y esperó durante una hora al Gerente de

4.4. Interrogatorio de parte.

El día 11 de marzo de 1999 el Tribunal Administrativo a quo, en audiencia pública, practicó un interrogatorio de parte al representante legal de la Compañía Seguros del Estado, quien manifestó que una vez tuvo conocimiento del incumplimiento de la contratista, el cual no le fue notificado, se puso en contacto con la sociedad contratista y con la entidad, (folios 168 a 172 C4);

4.5. Prueba pericial.

Los peritos nombrados con el propósito de estimar el valor de la multa que debía cobrarse a la contratista, en virtud de los elementos hurtados a la entidad, así como el valor de la indemnización correspondiente a los mismos objetos, entregaron su informe el día 17 de septiembre de 1999, mediante el cual estimaron el valor de la multa y procedieron a su actualización y consideraron no probado el valor de los objetos hurtados, (folios 173 a 192 C4).

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de octubre 9 de 1999, corrió traslado del dictamen pericial a las partes (folio 140 C1).

La sociedad contratista pidió aclaración del dictamen, con el argumento de que el Tribunal carecía de competencia para imponer multas por la vía judicial, (folios 136 a 138 C1). Esta aclaración fue denegada por los peritos, con el argumento de que el planteamiento esgrimido correspondía formularlo al Juez y no a los peritos, (folio 194 y 195 C4).

5. La notificación del acto administrativo por medio del cual se declaró el incumplimiento del contrato.

La entidad pública demandada declaró el incumplimiento del contrato a través de la Resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995.

Sostuvieron tanto la sociedad contratista como la Compañía Aseguradora que la mencionada resolución no les fue notificada por la entidad pública demandante.

la empresa –Doctor Fernando Díaz Trujillo- , sin haber podido efectuar la entrevista porque éste no se hizo presente. En el mismo documento aparece una nota, según la cual el objeto de la visita era poner en conocimiento al representante legal del contenido de la Resolución 4254 del 31 de octubre de 1995, (folio 34 del segundo cuaderno).

- Documento que en apariencia corresponde a la póliza única de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales, distinguida con el número 9450596 y que habría expedido Seguros del Estado para amparar las obligaciones del contrato de prestación de servicios celebrado, (folios 10 y 11 del cuarto cuaderno).

- Aparentes denuncias por hurto presentados por la entidad ante la Policía Metropolitana de Bogotá, (folios 12 a 17 del tercer cuaderno).

- Oficio en apariencia proveniente de la contratista y fechado el 17 de febrero de 1995, en el cual le habría informado acerca de la reposición de unos aparatos telefónicos, (folio 65 del cuarto cuaderno).

- Aparente respuesta dada por la contratista al oficio del 4 de abril de 1995, (folios 67 y 68 del cuarto cuaderno).

- Oficio que habría remitido el Director de Servicio al Cliente de la contratista en mayo 22 de 1995, en el cual en apariencia se proponían algunas medidas de seguridad, (folios 81 y 82 del tercer cuaderno).

- Documento que al parecer contiene la denuncia de un hurto ante la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, (folio 115 del cuarto cuaderno).

Se requiere entonces dilucidar este asunto con el propósito de examinar las pretensiones tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvencción.

La publicitación de los actos administrativos.

Los actos administrativos de alcance general, impersonal y abstracto, generalmente adquieren firmeza con el cumplimiento de las exigencias que en relación con su publicación establece el ordenamiento jurídico —artículo 43 C.C.A.—; los actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, de ordinario se encuentran sujetos a la necesidad de permitir su contradicción en sede administrativa⁴⁴, por lo cual para que cobren firmeza suele requerirse, además de su notificación —artículos 44 a 48 *ibídem*—la concurrencia de alguno de los eventos previstos en el artículo 62 *ejusdem*⁴⁵.

Ahora bien, no puede perderse de vista que todas las disposiciones aludidas hacen referencia a la publicación o notificación *del acto*, por manera que la existencia se erige en requisito para que resulte lógica y posible su publicitación; cosa distinta es que aunque el acto exista, el mismo no tenga la capacidad de producir efectos jurídicos o no resulte *eficaz* de cara a sus destinatarios mientras no haya sido legalmente publicitado. La Jurisprudencia de la Sala distingue los alcances jurídicos de la ineficacia y los de la invalidez; en efecto, así se ha expresado:

⁴⁴ Al principio de publicidad se ha referido la Jurisprudencia de la Corporación, entre otras, en la sentencia de la Sección Quinta del 3 de junio de 2010, radicación 11001-03-28-000-2009-00043-00, con ponencia de la Consejera María Nohemí Hernández Pinzón:

“Pues bien, el principio constitucional de la publicidad en el ejercicio de la función administrativa, es ambivalente porque puede considerarse, al mismo tiempo, como derecho y como deber. Desde la perspectiva del derecho, no hay duda que alude a los asociados, en la medida que, salvo las excepciones que imponga la reserva legal, los mismos bien pueden enterarse de las actuaciones y decisiones adoptadas por la administración pública, ya sea con un propósito de mera ilustración, o también con la intención de activar su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político para “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, si consideran que el proceder de la administración se alejó de los dictados del ordenamiento jurídico (C.P. Art. 40 num. 6).

“Y desde la óptica del principio de la publicidad, como deber, corresponde a las obligaciones que surgen para la administración, a fin de que sus actuaciones y decisiones se hagan conocer del público en general, cuando ello sea procedente, empleando con tal fin las diferentes formas de notificación legalmente previstas para actos de contenido particular o general. Una de las consecuencias jurídicas por omitir la publicidad de los actos administrativos se observa en el artículo 48 del C.C.A., consistente en la ineficacia de la respectiva decisión administrativa, porque la falta de notificación o la defectuosamente realizada lleva a que no se tenga por surtida y a que no produzca efectos legales la decisión.

“Para la Sala el principio de la publicidad incorpora una teleología especial y consagra una regla de actuación a ser observada por la administración. En efecto, la finalidad de ese principio es la interdicción de la arbitrariedad de la administración pública, ya que sus agentes, que deben actuar guiados también por el Principio de Legalidad, ya no lo pueden hacer a la sombra u ocultando sus actuaciones a los ojos de los asociados, puesto que por regla general han de hacerlas públicas, a efecto de que no puedan escapar al control que eventualmente pueda recaerles por una acción jurisdiccional. (...)”

⁴⁵ “Artículo 62. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.

“(...) los fenómenos de la ineficacia y el de la invalidez tienen alcances jurídicos diversos —comoquiera que mientras este último conduce a la declaratoria judicial de nulidad del acto demandado, aquél comporta la imposibilidad de materializar la decisión contenida en el mismo— sino que las irregularidades en las cuales se incurra en el procedimiento de publicitación del acto comprometen su eficacia y no su validez, bien entendido que la notificación o publicación de las determinaciones de la Administración busca concretar los postulados que se derivan de los principios de publicidad y de transparencia de la función administrativa, como presupuestos tanto de la interdicción de la arbitrariedad de unas autoridades públicas cuyas decisiones han de producirse de cara a los administrados, cuanto del ejercicio, por parte de éstos, de sus derechos de contradicción, defensa y debido proceso frente a los actos administrativos que pueden resultar lesivos de sus derechos o intereses legítimos.

“Así las cosas, no obstante la trascendencia y el carácter imperativo que acompaña el deber en que se encuentra toda autoridad administrativa, de publicar o notificar los actos por ella proferidos —toda vez que “[L]a notificación o publicación de los actos administrativos tiene como finalidad producir efectos jurídicos para que dichas decisiones de la Administración, adoptadas en legal forma, sean obligatorias u oponibles frente a los administrados, esto significa, que la publicidad del acto constituye presupuesto de su eficacia”⁴⁶—, es claro que la inobservancia o los yerros que se cometen en el cumplimiento de dicha obligación no afectan la legalidad del respectivo acto administrativo —pues la publicitación no constituye un trámite adicional dentro del procedimiento de formación del acto, toda vez que éste existe, según se ha dicho, una vez es adoptado— sino la imposibilidad de hacerle producir, conforme a Derecho, los efectos jurídicos pretendidos con su expedición, razón por la cual se ha señalado que ni la eficacia de la decisión puede subsanar su invalidez, ni la ineficacia del acto puede remediarse con la sola validez del mismo⁴⁷; (...).”⁴⁸

Respecto de la notificación de los actos administrativos de carácter particular, el Código Contencioso Administrativo dispone que cuando estos actos pongan fin a una actuación administrativa deberán notificarse de manera personal, previa observación de los trámites señalados para el efecto en el artículo 44; de conformidad con el artículo 45 del mismo estatuto, la notificación se hará por edicto cuando no fuere posible hacerlo de manera personal; los actos administrativos se publicarán cuando contengan decisiones que afecten a terceros

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 2007, expediente No. 16016.

⁴⁷ En la anotada dirección, esta Sala ha sostenido lo siguiente: “La falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos (...) no es causal de nulidad de los mismos (...) [E]n otros términos, la notificación del acto administrativo no dice relación con su validez jurídica, la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o que se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se saneará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández; Expediente: 2431.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de agosto 25 de 2011, Expediente, 16435, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que no se hicieron parte en la respectiva actuación, de acuerdo con el artículo 46⁴⁹.

En cuanto a la notificación de los actos administrativos de carácter particular que se expidan con ocasión o por razón de la actividad contractual de las entidades estatales, la regla general la constituye la notificación personal y por excepción la notificación es posible surtirla por edicto o en estrados cuando el acto se hubiere proferido en audiencia o en diligencia, de conformidad con las disposiciones del C. de P. C., aplicables, de manera subsidiaria, según lo dispone el inciso primero del artículo 77 de la ley 80 de 1993⁵⁰.

Se observa en el presente caso que la entidad pública demandada, si bien intentó realizar la notificación personal de la Resolución número 4254 del 31 de octubre

⁴⁹ CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

“ARTÍCULO 44. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

“Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

“Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

“No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

“Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

“En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.”

“ARTÍCULO 45. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.

“ARTÍCULO 46. Cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones.”

⁵⁰ LEY 80 DE 1993: *“ARTICULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

“PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”

de 1995, ésta no cumplió con las ritualidades a las cuales se refieren los artículos 44 y 45 del C.C.A., esto es, el envío de un correo certificado o la fijación de un edicto en un lugar público de la misma entidad, toda vez que simplemente se remitió de manera directa un oficio a la sociedad contratista, en el cual se le expresó que se le comunicaba el contenido de la Resolución, en el que se estampó una firma de recibido completamente ilegible –folio 35 del segundo cuaderno-.

Se tiene entonces que el acto administrativo expedido mediante la Resolución 4254 del 31 de octubre de 1995 no resulta obligatorio para el contratista y para la compañía de seguros, en virtud de los yerros en los cuales incurrió la entidad pública demandada en su notificación, es decir, carece de eficacia, dado que, como antes se expresó, la notificación se constituye en un presupuesto de la misma.

6. La declaratoria de incumplimiento solicitada por la actora.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pesar de haber expedido la Resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios debatido en esta oportunidad, solicitó en las pretensiones de la demanda que fuera declarado el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la correcta prestación del servicio de vigilancia.

En principio, no cabría emitir pronunciamiento alguno en relación con esta pretensión, dado que el acto administrativo contenido en la mencionada resolución goza de la presunción de legalidad mientras el mismo no sea anulado o suspendido; no obstante, si bien la Administración decidió declarar el incumplimiento, ante la ausencia de una adecuada notificación, el acto carece de eficacia y por ende no produce efecto alguno, razón por la cual la Sala estudiará la pretensión de declaratoria de incumplimiento solicitada por la entidad pública demandante.

El contrato de prestación de servicios celebrado tenía por objeto la prestación del servicio de vigilancia en los edificios ocupados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la ciudad de Bogotá, cuyas obligaciones principales fueron las siguientes:

“SEGUNDA.- obligaciones del CONTRATISTA: éste se obliga a cumplir, además de las obligaciones inherentes a la naturaleza del mismo y las derivadas de las disposiciones legales vigentes que regulan su actividad, con las siguientes: **1-** Emplear personal debidamente seleccionado, entrenado y capacitado, (...); **2-** Prestar el servicio solamente a través de sus propios vigilantes, tanto en el interior como en el exterior de los edificios objeto de la vigilancia licitada; **3-** Vigilar que los elementos de oficina no sean objeto de sustracción o daño; en caso de sustracción deberán restituirlos, salvo fuerza mayor o caso fortuito; **4-** Velar durante la jornada de trabajo por la protección de las personas que laboran en el área objeto de vigilancia; **5-** Mantener la presencia de vigilantes sin interrupción durante los horarios estipulados en los puestos de vigilancia asignados conforme al contrato; **5- (sic)** Ejercer en cada puesto de vigilancia supervisión y control por un supervisor idóneo; **6-** Comunicarse con los vigilantes frecuentemente, con el fin de cerciorarse de la prestación del servicio, objeto del contrato en los términos de ésta; (...); **9-** Elaborar y presentar al Ministerio estudios e iniciativas orientadas a mejorar la prestación del servicio, cuando lo considere necesario o el Ministro se lo

solicite; (...). **11-** Coordinar el servicio de vigilancia, por medio de un puesto de supervisión ubicado en las instalaciones donde funcionan las dependencias del Ministerio, las veinticuatro (24) horas del día de lunes a domingo, a cargo de un supervisor; **12-** A mantener a través del coordinador de su empresa, una permanente comunicación y coordinación del servicio de vigilancia, con el Jefe de la División de Administración y Mantenimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **13-** A celebrar quincenalmente una reunión de seguridad en la cual participará el Jefe de la División de Servicios de la Subsecretaría de Servicios de la Secretaría Administrativa del Ministerio y un Directivo de su empresa, con el fin de mantener el plan de seguridad permanentemente actualizado, analizar el cumplimiento del citado programa, tomar las medidas tendientes a corregir las fallas que se hayan presentado, y estudiar las recomendaciones para incrementar la seguridad en los edificios en los cuales se preste el servicio; (...); **14-** A supervisar la adecuada prestación de los servicios verificando los siguientes aspectos: (...); **y)** suplir las fallas temporales o absolutas de cualquiera de los vigilantes con la debida prontitud y en igualdad de condiciones de idoneidad; **15-** A poner en práctica y aceptar las medidas de control que señale la **NACION**, tales como la ronda por los edificios donde se prestará el servicio de celaduría, debiendo emplear los aparatos de control adecuados, que se hayan indicado; **16-** A presentar ante el Jefe de la División de Servicios de la Subsecretaría de Servicios, la nómina de los empleados de su compañía que prestarán el servicio de vigilancia en el Ministerio, con la periodicidad que esta lo exija; **17-** A cumplir con todos los servicios señalados en su oferta, la cual forma parte integral del presente contrato. (...).

“TERCERA.- derechos y obligaciones de la NACION: ésta se reserva el derecho de ejercer el respectivo control de calidad del servicio objeto del presente contrato, a través del Jefe de la División de Servicios de la Subsecretaría de Servicios de la Secretaría Administrativa de este Ministerio, y se obliga a: a) pagar al **CONTRATISTA** el valor del presente contrato de conformidad con la cláusula quinta del mismo; b) facilitar el acceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todo el personal vinculado por el **CONTRATISTA** para la ejecución y desarrollo del objeto del contrato; siendo responsabilidad del **CONTRATISTA** el debido cuidado y conservación de los edificios.”

Solicitó el Ministerio la declaración de incumplimiento en relación con algunas de las mencionadas obligaciones. El siguiente es el contenido de la primera pretensión:

“1) Que se declare a la sociedad **INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN LIMITADA**, responsable de incumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula segunda, numeral **3)** ‘Vigilar que los elementos de oficina no sean objeto de sustracción o daño; en caso de sustracción, deberán restituirlos, salvo fuerza mayor o caso fortuito’; numeral **4)** ‘Velar durante la jornada de trabajo por la protección de las personas que laboran en el área objeto de vigilancia’; numeral **5)** ‘Mantener la presencia de vigilantes sin interrupción durante los horarios de vigilancia estipulados en los puestos de vigilancia asignados conforme al contrato’; numeral **10)** ‘El personal de vigilantes debe contar con la instrucción y capacitación necesarias, actualizadas en prevenir y controlar incendios, organizar evacuación de personas; control e identificación de personas y vehículos’; del contrato de prestación de servicios de código número 3.2.59-94, suscrito entre la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la sociedad

INTERNACIONAL DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN LIMITADA.

De acuerdo con el material probatorio allegado al proceso se acreditaron los siguientes hechos:

- i) Como se observa tanto en las denuncias formuladas, como en las comunicaciones remitidas a la sociedad contratista y en las “*actas de seguridad*”, en efecto en las instalaciones de la entidad demandante se perdieron varios objetos de oficina, en algunos casos de significativo valor, como el ocurrido en la bodega del Almacén General de la entidad, el cual, según el inventario realizado ascendió a la suma de 23'112.321,80.
- ii) Las pérdidas de los objetos fueron aceptadas por la propia compañía de vigilancia y en momento alguno se controvertieron.
- iii) En relación con la pérdida de elementos del Almacén General –bodega Vanytex- la entidad adelantó un procedimiento administrativo de investigación en el que también participó la contratista, en el cual se escucharon las versiones tanto de empleados de la entidad como de algunos de los vigilantes que se encontraban en el lugar durante el fin de semana en el cual ocurrieron los hechos; también se inspeccionaron las instalaciones.
- iv) Después del fin de semana en el cual ocurrió la pérdida de objetos en el Almacén General, el personal de la entidad que ingresó a las instalaciones detectó que la vigilancia había abandonado las puertas de acceso al edificio en el cual ocurrió el hurto y que una semana después de lo ocurrido faltaba un vigilante y el otro se encontraba por fuera de la edificación.
- v) Al finalizar la investigación las partes no lograron ponerse de acuerdo respecto de las responsabilidades. Para la entidad resultó claro que hubo fallas en la vigilancia y para el contratista no había claridad suficiente al respecto.
- vi) No se cuenta con información en el expediente acerca de que a raíz de las denuncias se hubiese adelantado algún proceso de responsabilidad de tipo penal.
- vii) No se probó que se hubiere presentado una fuerza mayor o un caso fortuito asociado a la pérdida de los objetos.
- viii) La sociedad contratista restituyó algunos de los objetos o su valor: teléfonos, objetos perdidos en la oficina del Ministro de Hacienda –cortes de paño inglés-, dos parlantes para discman y un bolígrafo marca Scheffer.
- ix) La mayoría de las denominadas “*actas de seguridad*” dan cuenta de la ocurrencia de problemas con los vigilantes, a saber: llegadas tarde, falta de requisas, entrada de visitantes sin ser anunciados, retiros de los puestos de trabajo sin previo aviso, no utilización de espejos en los parqueaderos, falta de personal de relevo, algunos problemas de comportamiento, entre otras; conductas éstas que fueron aceptadas por la contratista en las mismas actas y respecto de las cuales las actas muestran la búsqueda e implementación de correctivos.
- x) Las actas dan cuenta de que en tres ocasiones se permitió el ingreso de personas armadas a la entidad.

Resulta notoria y constante durante el desarrollo del contrato la pérdida de objetos en la entidad, respecto de lo cual se observa que la obligación de la sociedad

contratista distinguida con el número 3), contenía a su vez dos obligaciones: i) vigilar que los elementos de oficina no fueran objeto de sustracción o daño y ii) en el evento de que los elementos de oficina fueran objeto de sustracción o daño, los mismos debían ser restituidos, salvo que ocurriese fuerza mayor o caso fortuito.

En cuanto a la primera, la entidad pública demandada consideró que la pérdida de objetos en la entidad resultaba atribuible a fallas en la prestación del servicio de vigilancia, respecto de lo cual la contratista, además de no ofrecer explicaciones en relación con la misma, sostuvo que actuó de manera diligente y reclamó de la entidad mecanismos de seguridad relacionados con los objetos que se encontraban en mayor riesgo.

La entidad contratante solicitó permanentemente a la contratista la restitución de los objetos perdidos, con base en la obligación contraída en el contrato, según la cual éste debía restituir cualquier objeto que se perdiera en la entidad, salvo fuerza mayor o caso fortuito, porque así había sido acordado. Para la contratista ello se encontraba condicionado a que se demostrase su responsabilidad en la ocurrencia de los mismos.

Se trata de examinar si el contratista se encontraba objetivamente obligado a devolver todos los objetos perdidos o su valor, en cualquier evento de pérdida o de daño o si tal obligación se encontraba asociada al hecho de que hubiese ocurrido un incumplimiento de su parte.

6.1. La conmutatividad del contrato celebrado.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, norma jurídica aplicable al contrato celebrado, “[e]n la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

De acuerdo con el contenido del artículo 1498 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, “[e]l contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

En el concepto de conmutatividad se distinguen dos elementos: el primero de ellos relativo a la reciprocidad de las prestaciones y el segundo, específicamente referido al tema de la contratación pública, se encuentra asociado a la verificación de las condiciones previstas al momento de proponer o de contratar a los cuales se refiere el tema del equilibrio contractual y que va más allá de las razones subjetivas que se derivan de la autonomía de la voluntad. Respecto de tales elementos la doctrina ha expresado lo siguiente⁵¹:

“Se destacan del concepto propuesto [conmutatividad del contrato estatal] otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son el de

⁵¹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, publicado en www.foros.uexternado.edu.co en abril de 2008, pág. 16, consultada el 29 de mayo de 2012 a las 10:00 a.m.

su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones⁵², al igual que el conmutativo en la relación, que, como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales⁵³, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista⁵⁴; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes⁵⁵.

“Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado, y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498⁵⁶ del Código Civil la presume en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe⁵⁷ de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan⁵⁸.”

Asimismo, la conmutatividad a la cual alude el artículo 28 antes mencionado va en contravía con el contenido y con la naturaleza de los negocios aleatorios, toda vez que los contratos estatales suponen un ejercicio previo de planeación, uno de cuyos cometidos debe ser la estimación de los riesgos normales y previsibles de

⁵² Ariño Ortiz. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 241 y ss.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil: “El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídica negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.”

⁵⁴ Gabriel Escobar Sanín. *Negocios civiles y comerciales*, t. ii, *Contratos*, Medellín, Dike, 1 994, p.200: “Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado [...]”

⁵⁵ Ídem: “[...] No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.”

⁵⁶ Código Civil. “Artículo 1498. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

⁵⁷ Antonio Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 853 y ss.

⁵⁸ Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 447 y ss.

un contrato. Al respecto el profesor Santofimio Gamboa ha expresado lo siguiente⁵⁹:

“La conmutatividad que ordena la ley en el contrato del Estado, bajo los supuestos normativos, principalmente del artículo 28 de la Ley 80 de 1 993, al momento de proponer o contratar riñe en absoluto con el contenido y la naturaleza jurídica de todo negocio aleatorio que de por sí implica la sujeción, no a la planeación previa vinculante y obligatoria del negocio y a la fijación de los referentes objetivos de riesgos y costos como presupuestos básicos para garantizar los intereses públicos y generales, sino, por el contrario, a la suerte, al devenir incierto y abierto de contingencias en donde no se puede saber a ciencia cierta cuál va a ser el destino patrimonial y económico de las partes involucradas en la relación.

“Lo que se quiere en nuestro ordenamiento por regla general no son destinos inciertos y oscuros para el contrato del Estado, o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino, por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control, en una especie de tránsito a ciegas por penumbras inexploradas.

“El contrato del Estado está dominado por la regla general de la previsibilidad, lo que hace que se deba negar el paso a cualquier hipótesis de modalidad negocial aleatoria, no solo por atentatoria contra el interés público en la medida en que pone en peligro el patrimonio de la comunidad, sino en cuanto a que a partir del carácter imperativo de la planeación contractual y de la distribución de riesgos en los términos de las leyes 80 de 1 993 y 1150 de 2007, prácticamente un contrato del Estado que se caracterice por aleatorio estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita puesto que desconocería el derecho público de la Nación en los términos del artículo 44 (num. 2) de la Ley 80 de 1 993 en concordancia con el 1523 del Código Civil, salvo que se trate de un contrato típicamente unilateral a la luz del artículo 1 496⁶⁰ del Código Civil e igualmente gratuito según lo dispuesto en el artículo 1497⁶¹56 de la misma codificación, en donde el riesgo absoluto del negocio sea asumido por el contratista y no por el Estado y a su vez éste no corra con pérdida alguna, pero sí participe de las ganancias, y sea el Estado titular tan solo de utilidades, esto es, bajo hipótesis y escenarios negociales absolutamente excepcionales.”

De conformidad con lo expuesto, resulta necesario en este caso conocer cuáles fueron esas condiciones previstas al momento de contratar.

Toda vez que el contenido del contrato no resulta suficiente para satisfacer el interrogante relativo a las condiciones existentes al momento de contratar y dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil

⁵⁹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Op. Cit. Pág. 18

⁶⁰ Código Civil. “Artículo 1 496. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”

⁶¹ *Ibíd.*, artículo 1497: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”

Colombiano⁶², incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado por el artículo 13⁶³ de la Ley 80 de 1993 y también por remisión del Código de Comercio⁶⁴, en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28⁶⁵ de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales.⁶⁶

⁶² **ARTICULO 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCION.** Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. LIMITACIONES DEL CONTRATO A SU MATERIA. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

ARTICULO 1621. INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTICULO 1623. INTERPRETACION DE LA INCLUSION DE CASOS DENTRO DEL CONTRATO Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende.

ARTICULO 1624. INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

⁶³ Rezaba el texto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato:

“ARTICULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

“Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

“Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.”

⁶⁴ Código de Comercio:

“Artículo 822._ Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

“(…).”

⁶⁵ **ARTICULO 28. DE LA INTERPRETACION DE LAS REGLAS CONTRACTUALES.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

⁶⁶ Sobre el tema ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de julio 7 de 2011, Expediente 18.762, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En el presente caso es necesario acudir a una de las llamadas reglas subjetivas, cual es la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a la literalidad de las palabras y esta intención, normalmente, se puede desentrañar tanto de la solicitud de cotización realizada por la entidad como de la propuesta formulada.

Si bien no se allegaron al proceso la solicitud de cotización de la entidad y la propuesta presentada por la sociedad contratista, ambas partes en diversos documentos hicieron alusión al contenido de la propuesta en relación con el tema de la restitución de los objetos; se lee en la Resolución 4254 del 31 de octubre de 1995 que en la propuesta presentada se expresó lo siguiente:

“Vigilaremos que todos los elementos de oficina no sean objeto de sustracción o daño. En caso de sustracción, los restituiremos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, una vez haya concluidos la investigación administrativa que con el concurso de funcionarios de ambas partes se adelante y en la misma se declare la responsabilidad de nuestro empleado, por acción o por omisión. Para responder por las sustracciones que se puedan presentar, nuestra empresa mantendrá, durante la vigencia del contrato respectivo, la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, solicitada en el Pliego de Condiciones”.

De conformidad con esta transcripción se puede concluir que la sociedad contratista no propuso responder objetiva y automáticamente por cualquier bien que se perdiera o se dañara sino que éste sujetó la restitución de los bienes a una previa declaración de responsabilidad del empleado respectivo, después de haberse adelantado un proceso de investigación administrativa conjunta.

Así pues, no podría interpretarse la expresión de que *“en caso de sustracción, deberán restituírselos, salvo fuerza mayor o caso fortuito”*, de manera literal y aislada en el entendido de que en cualquier evento de pérdida de objetos la sociedad contratista debía restituírselos, por cuanto ello privaría de sentido el objeto, en virtud del llamado *principio de conservación del contrato*, según el cual su interpretación debe conducir a lograr que el contrato o algunas de sus estipulaciones resulten eficaces, es decir, en términos del artículo 1620 del Código Civil debe preferirse el *“efecto útil”* de las cláusulas del contrato; asimismo, de conformidad con las previsiones del artículo 1622 de la misma codificación *“las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*, en virtud de lo cual no puede atribuirse sentido a una de sus estipulaciones, de forma inconexa respecto de las demás cláusulas, en este caso de la prevista en la propuesta presentada, la cual se encontraba incorporada al contrato celebrado.

Lo anterior si se tiene en cuenta que, además de que responder objetiva e ilimitadamente no fue una condición prevista al momento de contratar, interpretar de esa manera se avendría más con las obligaciones propias de un contrato aleatorio que de un contrato conmutativo, en tanto estaría permanente sometido a la incertidumbre de tener que restituir cualquier clase de objeto de la entidad sin miramiento alguno acerca de las condiciones de tiempo, de modo y de lugar en las cuales se éstos se perdieran.

Una interpretación literal, además, supondría desconocer que en virtud del carácter bilateral del contrato, cada una de las partes contrae obligaciones para con la otra y por ello no podría recaer la totalidad de las obligaciones solamente

sobre una de ellas. Acerca del carácter bilateral de los contratos se ha expresado la Jurisprudencia de la Sección en estos términos:

“En virtud del contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil). Por él cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido. (...).

“En efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos”⁶⁷

De otro lado, es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento⁶⁸.

Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁶⁹ tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así:

*“...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.***

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 22 de 2009, Expediente 17552, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁶⁹ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...”⁷⁰ (Negrilla ajena al texto original).

En los contratos cuyas prestaciones son correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, se presenta una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas, razón por la cual del artículo 1609 del C.C. se extrae la regla según la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho.

En virtud de lo anterior, el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A., cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, como presupuesto para acreditar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

6.2. El incumplimiento en el caso concreto.

Dado el carácter sinalagmático de este contrato, si bien la sociedad contratista era responsable de la vigilancia de los edificios de la entidad, también esta última tenía obligaciones asociadas a la guarda y al cuidado de sus propios objetos y, por ello, no podría recaer la responsabilidad únicamente sobre la compañía de vigilancia.

Asimismo, la responsabilidad de la compañía de vigilancia en relación con los objetos de la entidad también suponía que si éstos quedaban bajo su custodia le fueran entregados perfectamente inventariados e individualizados, porque de lo contrario éste quedaría expuesto a restituir objetos de manera indeterminada, lo cual se encuentra en abierta contradicción con el carácter conmutativo del contrato.

En este caso encuentra la Sala que si bien la entidad adelantó un procedimiento administrativo de investigación conjunta, éste no culminó con una declaratoria de responsabilidad de empleado alguno, toda vez que en el acta de reunión de los integrantes de la comisión de investigación administrativa conjunta, celebrada el día 13 de junio de 1995, cada una de las partes consignó sus conclusiones, la entidad en relación con la ocurrencia de fallas en la vigilancia y la sociedad contratista expresó que no existía claridad respecto de la responsabilidad.

Tampoco se acreditó en el proceso cuáles eran las condiciones en las cuales los objetos se encontraban guardados o almacenados, como tampoco las condiciones en las cuales éstos fueron puestos bajo el cuidado de la sociedad contratista, dado

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P., Germán Rodríguez Villamizar.

que no fueron inventariados e individualizados antes de ser puestos a disposición de los vigilantes.

En este caso, si bien se probó que en la entidad se presentó la pérdida de varios objetos, no se acreditó que las pérdidas resultaran imputables a la compañía de vigilancia, como tampoco que la entidad hubiera sido suficientemente diligente en la administración y el cuidado de sus bienes y si bien se hizo referencia en el proceso a varias anomalías ocurridas con los vigilantes, en momento alguno éstas se asociaron e individualizaron respecto de cada una de las pérdidas de objetos ocurrida. Sobre la responsabilidad en estos casos se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Sala, en estos términos:

*“Toda vez que el **SENA** instauró la demanda que dio origen al presente proceso, se infiere que hecho el reclamo al contratista, éste se rehusó a asumir la responsabilidad que se le imputaba por la pérdida de tales bienes; en consecuencia, en virtud del principio de la carga de la prueba, consagrado en el artículo 177 del C.P.C., conforme al cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, le correspondía a la entidad demandante, probar el incumplimiento contractual de la sociedad **Búho Seguridad Ltda.** y el daño que el mismo le ocasionó, para sacar adelante sus pretensiones, lo cual implicaba acreditar en primer término, qué bienes se perdieron durante la ejecución del Contrato 036 de 1993, y en segundo término, que dicha pérdida obedeció al incumplimiento de la obligación de vigilancia a cargo de la sociedad demandada.”⁷¹*

Así pues, de conformidad con lo expuesto se revocará en este punto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo y se denegará la pretensión de declaratoria de incumplimiento de la sociedad contratista.

7. La cuenta pendiente de pago.

Solicitó la sociedad contratista en las pretensiones de la demanda de reconvencción que se ordenara “al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de la suma correspondiente a la factura cambiaria de compraventa No. 13.376.60 por concepto del valor de la prórroga del contrato”.

Condenó el a quo al pago actualizado de la factura, más los intereses moratorios, lo cual sumó \$ 81'617.586,5.

A folios 89 y 90 del segundo cuaderno encuentra la Sala acreditado el pago del contrato adicional, de conformidad con la orden de pago proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por valor de \$ 32'879.364.60, fechado el 03/07/1996, cuyo concepto corresponde a “CANCELACIÓN GASTOS VIGENCIAS ANTERIORES (SERVICIO DE VIGILANCIA PRESTADA EN PERIODO: 15-11-95 AL 14-12-95. CONTRATO 3.2.43-95, SEGÚN RESOLUCIÓN No. 1385 DEL 20-06-96”. Este comprobante se acompañó del comprobante de egreso No. 03588 de julio 8 de 1996, en el cual se expresa que se pagó con el cheque número 9057220 de la cuenta corriente número 2600125 del Banco Popular y en la casilla de recibido aparece el nombre de Rosa Castro Riaño, identificada con la cédula 52'297.891 de Bogotá y un sello original de la sociedad contratista, con fecha 23/07/96.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 27 de 2006, Expediente 14056, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Si bien se acreditó que la entidad pública demandante realizó el pago de la factura, también se observa que éste se realizó tardíamente, dado que en el contrato se pactó que el pago se debía realizar al mes siguiente de su presentación, lo cual ocurrió el día 19 de diciembre de 1995, es decir, el pago debió realizarse el 19 de enero de 1996 y éste se efectuó el 23 de julio de 1996.

Se reconocerán entonces los intereses moratorios de conformidad con las previsiones del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, los cuales corresponden al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con la variación del IPC en cada uno de los meses durante los cuales se presentó la mora.

VALOR ADEUDADO	PERIODO	VARIACION IPC	VALOR VARIACION	VALOR HISTORICO ACTUALIZADO	TASA	INTERESES
32.879.464,60	feb-96	4,01	1.318.466,53	34.197.931,13	1,00	341.979,31
34.197.931,13	mar-96	2,10	718.156,55	34.916.087,68	1,00	349.160,88
34.916.087,68	abr-96	1,97	687.846,93	35.603.934,61	1,00	356.039,35
35.603.934,61	may-96	1,55	551.860,99	36.155.795,60	1,00	361.557,96
36.155.795,60	jun-96	1,14	412.176,07	36.567.971,67	1,00	365.679,72
36.567.971,67	jul-96	1,51	552.176,37	37.120.148,04	1,00	371.201,48

El valor total de los intereses equivale a la suma de 2'145.618,19, cuyo valor indexado de conformidad con los índices de precios al consumidor de julio de 1996 -36,16- y de abril de 2012⁷² -110,92-, certificados por el DANE, asciende a la suma de \$ 6'581.637,85.

Así pues, modificará la Sala lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este punto y condenará a la entidad a efectuar el pago de los intereses indexados.

8. La liquidación del contrato.

Solicitó la sociedad contratista en la demanda de reconvención la liquidación del contrato.

⁷² Último valor reportado por el DANE a la fecha de la Sentencia.

Esta pretensión fue denegada por el Tribunal Administrativo a quo, con el argumento de que este contrato no requería de liquidación, además de que contractualmente no se había establecido tal obligación y del expediente no se podía deducir intención alguna de concurrir a su liquidación.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato, regula la oportunidad y contenido de la liquidación de los contratos en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”

Por su parte, el artículo 61 vigente para la época de celebración del contrato, disponía lo siguiente sobre la liquidación unilateral:

“ARTÍCULO 61. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

Del contenido de estas normas legales se destacan los siguientes aspectos: i) la obligatoriedad de liquidar los contratos de ejecución sucesiva y aquellos que lo requieran; ii) la competencia que tienen las partes para liquidar el contrato de común acuerdo; iii) el plazo que tienen las partes para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, que no es otra que la prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación, bien sea que ésta se haya producido de manera normal o anormal; iv) la ley faculta a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto; v) el carácter supletivo de la liquidación unilateral, pues solo en el evento de que fracase la liquidación bilateral,

la Administración adquiere competencia para declarar la liquidación final del contrato, mediante acto administrativo.

Si bien en el contrato celebrado no se hizo referencia a la liquidación del contrato y al tiempo para que ésta se efectuara, éste es uno de los contratos que requiere de la misma por ser de tracto sucesivo.

En la documentación aportada al proceso no se observó manifestación alguna de las partes tendiente a que se efectuara la liquidación de común acuerdo y tampoco fue liquidado de manera unilateral.

Acceder la Sala a efectuar la liquidación judicial del contrato supone contar con toda la información derivada del mismo, dado que, como prescribe el artículo 60 de la Ley 80, antes citado, en esta etapa se deben realizar ajustes, revisiones, reconocimientos, así como los acuerdos a los cuales hubieren llegado las partes, de forma tal que les permita declararse a paz y salvo.

No se aportó al contrato la información fáctica y financiera que le permita efectuar la liquidación, así pues, se denegará la pretensión.

9. Costas.

Dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

RESUELVE:

SE REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 3 de octubre de 2000, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. En consecuencia:

PRIMERO: SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda presentada por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SEGUNDO: SE DECLARA que la Resolución número 4254 del 31 de octubre de 1995, proferida por la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se declaró administrativamente el incumplimiento de las obligaciones del contrato estatal de prestación de servicios de código 3.2.59-94 celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la sociedad Internacional de Seguridad y Protección Limitada, no produjo efectos legales.

TERCERO: se condena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar a la sociedad Internacional de Seguridad Limitada, la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$6'581.637,85).

CUARTO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda de reconvencción.

QUINTO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA