

ACCION CONTRACTUAL - Pretensiones / ACTO CONTRACTUAL - Acción contractual / ACCION CONTRACTUAL - Prueba del contrato

Concluye igualmente la Sala que si bien a través de esta acción es posible ventilar cualquier conflicto que se suscite no solamente con el contrato mismo, sino también en torno a los actos contractuales con motivo del cual se expidan o los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento, es característica fundamental y presupuesto sine qua non para la prosperidad de las pretensiones que por esta vía procesal se incoen, que se acredite dentro del proceso el contrato origen de la controversia, excepto únicamente, claro está, cuando lo que se solicite sea la declaración de existencia del mismo, dado que, el contrato como fuente obligacional generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la materia de la acción, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a ley o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos contractuales que se expidan con motivo del mismo estén acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables.

F.F. CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 87

PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio / COPIA SIMPLE - Valor probatorio / COPIA AUTENTICA - Valor probatorio

Como puede apreciarse la prueba documental está constituida por documentos públicos producidos por autoridades administrativas, y traídos al proceso en copia, algunas auténticas y la mayoría simples, prueba que se analizará a la luz de los artículos 251 y ss. del C. de Procedimiento Civil en cuanto a su alcance probatorio, de manera que sólo se tendrán en cuenta para su valoración aquellos documentos originales y los arrimados en copia auténtica, únicas de las que se puede predicar el mismo valor probatorio del original conforme al artículo 254 ibídem. Por lo tanto, las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretenda hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo prescrito en la norma procesal antes citada.

F.F. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULOS 251, 254

CONTRATO ESTATAL - Forma / CONTRATO ESTATAL - Solemnidad. Escrito / CONTRATO ESTATAL - Requisito ad substantiam actus / CONTRATO ESTATAL - Requisito ad solemnitatem / CONTRATO ESTATAL - Inexistencia / CONTRATO ESTATAL - Prueba. Documento escrito

Recuérdese, por lo demás, que el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "...pues la solemnidad escrituraría hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...". Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito ad substantiam actus, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la

ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman. En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita in extenso y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández y de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, C.P. Fredy Ibarra Martínez
FF: DECRETO LEY 150 DE 1976 ARTICULO 18; DECRETO LEY 222 DE 1983 ARTICULO 26; LEY 80 DE 1993 ARTICULOS 39, 41

CONTRATO ESTATAL - Prueba / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Control de legalidad. Prueba del contrato / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Prueba del contrato

Con otras palabras, para que el juez pueda realizar un control de legalidad de un acto de declaratoria de caducidad de un contrato y establecer con exactitud el cumplimiento del objeto y las obligaciones del mismo, según el caso, en las oportunidades procesales correspondientes debe probarse el contrato, mediante su aporte en original o en copia auténtica, es decir, en condiciones legales de valoración, pues no basta, como ocurrió en este caso, adjuntar únicamente la copia hábil del acto administrativo acusado, dado que con este sólo documento no es jurídicamente viable llegar a conclusiones de legalidad o responsabilidad, toda vez que ellas deben ser soportadas con el contrato fuente de la controversia y producto de un análisis y cotejo de su contenido o clausulado (en aspectos relacionados con su objeto, obligaciones, derechos, valor, plazo, alcance, perfeccionamiento, ejecución, entre otros) con los motivos invocados en aquél y sus otros elementos (fecha de expedición, competencia del funcionario, etc.). Así mismo, por las anteriores consideraciones, tampoco puede la Sala analizar y derivar el incumplimiento reclamado por la sociedad actora, y menos aún "...es posible deducir responsabilidad patrimonial de tipo contractual cuando no se demuestra la existencia del contrato; (...) requisito imprescindible para que el juzgador acceda a las reclamaciones del actor, como que constituye el fundamento y razón de ser de las mismas...", de donde se colige que la otras pretensiones principales incoadas con esta finalidad no tienen tampoco vocación para prosperar. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de mayo 19 de 1995, Exp. 7580, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; Sentencia de 16 de abril de 1991, Exp. 6102, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de 27 de noviembre de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 14431; Sentencia de mayo 18 de 1992, Exp. 5355, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

FF: LEY 19 DE 1982 ARTICULO 5; DECRETO - LEY 222 DE 1983, ARTICULO 5 DE LA LEY 58 DE 1982; DECRETO 1222 DE 1986 ARTICULOS 211 Y 212

ACCION IN REM VERSO - Requisitos / ACTIO IN REM VERSO- Requisitos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Elementos. Prueba

Finalmente, igual suerte deben correr las pretensiones subsidiarias según las cuales "...el DEPARTAMENTO se enriqueció injustamente, con las obras ejecutadas por el CONTRATISTA, para el contrato 177 de 1.993 y no remuneradas el (sic), que a su vez sufrió un empobrecimiento correlativo...", en

tanto la demandante las sujeta a un contrato que no probó. Y, además, porque, si bien la jurisprudencia de la Corporación ha aceptado en algunos eventos la acción in rem verso para reclamar la compensación de quien sufre una disminución patrimonial, originada en aquellas situaciones en que no mediando un contrato, el actor entregó un bien, ejecutó un servicio o una obra recibida a satisfacción por la entidad pública demandada sin que la misma la haya cancelado, lo cierto es que en dichos casos fue menester probar la concurrencia de los elementos que la configuran, esto es, un enriquecimiento patrimonial de la parte beneficiada, con un correlativo empobrecimiento de la parte afectada, sin una causa jurídica que justifique el desequilibrio económico, y además la buena fe en la actuación y la subsidiaridad de la acción, esto último en el entendido de que no debe existir otra diferente que permita obtener el reintegro del valor de la disminución o el restablecimiento del equilibrio entre los dos patrimonios, requisitos todos estos que no se encuentran acreditados en el presente proceso. Por ello, en este aspecto coincide la Sala con el Tribunal a quo cuando concluyó que no se había demostrado que la sociedad actora haya ejecutado obras que la entidad pública no haya cancelado y que tienen una significación económica positiva para la misma, es decir, no se probó un acrecimiento económico del patrimonio del Departamento de Cundinamarca, a costa del empobrecimiento de aquélla, sin causa que lo soporte, lo cual hace improcedente la prosperidad de estas pretensiones.

CARGA DE LA PRUEBA - Noción / PRINCIPIO DE LA AUTORESPOSABILIDAD - Carga procesal de la prueba

En este orden de ideas, se concluye que el actor incumplió con la carga procesal de la prueba que estaba a su cargo, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y según el cual "...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, aun cuando por motivos diferentes.

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULO 177

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01123-01(16211)

Actor: SERVIAGUAS Y CONSTRUCCIONES LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA- SECRETARIA DE EDUCACION

Referencia: ASUNTOS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por SERVIAGUAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., parte demandante en el proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 13 de agosto de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia apelada será confirmada, pero por motivos diferentes a los expuestos en ella.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 30 de junio de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sociedad Serviaguas y Contrucciones Ltda., representada por el señor Hernando Burgos Gutiérrez, formuló demanda en contra del Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Salud, reformada el 7 de septiembre de 1995, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES

“PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones Nos. 00773 de 1.994 y 01078 de 1.994, por medio de las cuales se declaró y ratificó la caducidad del contrato de obra No. 177 de 1.993 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca, en adelante EL DEPARTAMENTO, y mi poderdante.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, el DEPARTAMENTO debe restablecer el derecho de mi poderdante, pagándole los perjuicios que los actos anulados le causaron, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos estatales por un período de cinco (5) años, según estimación pericial.

“TERCERA: Que el DEPARTAMENTO incumplió el contrato No. 177 de 1.993 al dejar de pagar al CONTRATISTA la obra realmente ejecutada según el siguiente balance:

“ITEM DESCRIPCIÓN	CANTIDAD EJECUTADA	PRECIO UNITARIO PACTADO	VALOR TOTAL
----------------------	-----------------------	-------------------------------	----------------

01	- 160 M3	\$3.298,00	\$ 527.680,00
Localización y replanteo			
01 - Excavación roca	2.170 M3	\$13.500,00	\$ 36'585.000,00
03 Demolición graderías	30 ML	\$ 3.750	\$ 112.500,00
		SUBTOTAL	\$38'369.080,00
		MENOS	0
		ANTICIPO	\$10'000.000,00
			0
SALDO A FAVOR DEL			CONTRATISTA
\$28'369.080,00"			

“CUARTA: Que como consecuencia de la declaración anterior el DEPARTAMENTO debe pagar a Hernando Burgos Gutierrez la cantidad de Veintiocho millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta pesos mcte (\$28'369.080,00) junto con los intereses comerciales moratorios desde el 21 de Junio de 1.994 (fecha de terminación del contrato) hasta cuando el pago se realice.

“En subsidio, con corrección monetaria e intereses del 12% anual sobre el valor histórico actualizado.

“PETICIONES SUBSIDIARIAS A LAS DOS ANTERIORES

“TERCERA (SUBSIDIARIA): Que el DEPARTAMENTO se enriqueció injustamente, con las obras ejecutadas por el CONTRATISTA, para el contrato 177 de 1.993 y no remuneradas el (sic), que a su vez sufrió un empobrecimiento correlativo.

“CUARTA (SUBSIDIARIA): Que como consecuencia de la declaración anterior, el DEPARTAMENTO, debe pagar al CONTRATISTA la cantidad de Veintiocho millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta mcte (\$28.369.080,00), valor de las obras ejecutadas según precios del contrato y no pagadas, junto con corrección monetaria e intereses del 12% anual sobre el valor histórico actualizado. Tales corrección e intereses a partir del 21 de Junio de 1.994, fecha de terminación del contrato.

“QUINTA: Que el DEPARTAMENTO debe pagar las costas del proceso.”

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

1) Que entre “...el DEPARTAMENTO y Hernando Burgos Gutiérrez, en adelante el CONTRATISTA, se celebró el 12 de Octubre de 1.993 el Contrato No. 177 de 1993 para el mejoramiento y terminación de la Normal Departamental del Municipio de

Pasca (Cundinamarca), por valor de Veinte millones de pesos Mcte. (\$20.000.000,00)...”

- 2) Que el contratista recibió un anticipo de diez millones de pesos Mcte. (\$10.000.000,00).
- 3) Que el plazo del contrato expiró el 21 de junio de 1994, fecha para la cual el contratista había ejecutado obra por valor de treinta y ocho millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta pesos Mcte. (\$ 38.369.080,00) según precios del contrato.
- 4) Que el Departamento de Cundinamarca, a través de la Resolución No. 00773 de 21 de junio de 1994, declaró la caducidad del Contrato 177 de 1993, con el argumento de que la obra no se había ejecutado dentro del plazo contractual.
- 5) Que la citada Resolución 00773 de 21 de junio de 1994, fue notificada al contratista cuando ya había expirado el plazo del contrato.
- 6) Que contra la citada resolución el contratista formuló en forma oportuna recurso de reposición, pero el Departamento de Cundinamarca la confirmó por medio de la Resolución 01078 de 13 de septiembre de 1994.
- 7) Que las resoluciones 00773 y 01078, además de extemporáneas, desconocieron que el contratista había ejecutado dentro del plazo contractual más obra que la contratada, con lo cual se lesionaron gravemente sus intereses.
- 8) Que el Departamento de Cundinamarca no hizo pago alguno derivado del Contrato 177 de 1993, diferente al mencionado anticipo por diez millones de pesos Mcte. (\$10.000.000,00).

3.3. Normas violadas y concepto de la violación

Considera el demandante que para que los actos administrativos, como la Resolución 00773 de 21 de junio de 1994, produzcan efecto o nazcan a la vida jurídica requieren ser notificados, y como la misma fue notificada el 1 de julio de 1994, cuando el contrato ya se había terminado por expiración del plazo (el 21 de

junio de 1994) no pudo producir efecto alguno, toda vez que no podía terminar lo ya terminado.

En su criterio, dicha resolución es un acto extemporáneo y, por tanto, absolutamente nulo, conclusión que sustenta en providencias del Consejo de Estado (Sección Tercera: Auto 14 de agosto de 1986; Sentencias de 28 de junio de 1984, Exp. 4927; 25 de julio de 1985, Exp. 2963, y 14 de mayo de 1984, Exp. 2864), según las cuales la declaratoria de caducidad debe ser dictada por el ente público dentro de la vigencia del término del contrato.

Por lo anterior, afirma que resultan violados los artículos 6 y 122 de la Constitución Política, toda vez que el Estado no puede hacer sino lo que le está expresamente permitido por la ley, y el poder exorbitante de la caducidad no le está permitido ejercerlo sino dentro del plazo del contrato. Igualmente, en su concepto, resultan también violados los artículos 113 y 228 de la Constitución Política, por cuanto, una vez expirado el plazo de un contrato estatal, es a la Rama Judicial a quien corresponde definir cualquier diferencia en torno al mismo, porque si lo hace el Ejecutivo, se convierte en juez, con lo cual le arrebatada una competencia privativa a aquella rama.

Finalmente, concluyó que, como los contratos son ley para las partes “...por disposición de los artículos 1602 (sic) y 871 del Código de Comercio...”, en el evento de incumplirse alguna de sus estipulaciones, tal como la de no pagar la obra ejecutada, se violan en forma flagrante las normas citadas y se genera automáticamente la obligación de pagar, junto con la indemnización de perjuicios.

3. La oposición del demandado

Una vez notificada la demanda, en el escrito de contestación a la misma, el Departamento de Cundinamarca se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que correspondía “...al promotor de la litis probar los hechos sobre los cuales fundamenta su demanda, razón por la cual respecto de ellos me atengo a lo que se pruebe...”.

A su juicio, ninguna de las normas han sido violadas, puesto que los actos administrativos fueron expedidos por autoridad competente y están amparados con la presunción de legalidad y mientras ella no se desvirtuó se consideran ajustados a derecho, de manera que para que pueda declararse su nulidad, su ilegalidad

debe ser probada. Presentó como excepción de fondo la ausencia de ilegalidad del acto acusado.

4. Intervención del litis consorcio necesario

En virtud del numeral 3 del artículo 207 del C.C.A., en el entendido de que tenía interés directo en el proceso, el Tribunal *a quo* ordenó notificar a la Compañía de Seguros Caribe S.A. ahora MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., la cual presentó escrito en el que sustentó dicho interés y coadyuvó la demanda presentada por Serviaguas y Construcciones Ltda., manifestando que mediante póliza No. 1212344 garantizó el buen manejo y correcta inversión del anticipo de \$10.000.000,00, y el cumplimiento del contrato de obra No. 177 de 12 de octubre de 1993, consistente en el mejoramiento y terminación de la Normal Departamental del Municipio de Pasca por \$20.000.000,00.

Aseveró también, que las resoluciones No. 00773 de 21 de junio de 1994 y 01078 de 13 de septiembre de 1994, no producían efectos contra la aseguradora, dado que no le fueron notificadas personalmente ni por edicto, y que cuando se profirió el citado acto, el contrato se había terminado por expiración del plazo pactado, el cual era de 5 meses según la cláusula cuarta con una ampliación en 3 meses, es decir, con fecha de vencimiento el 11 de junio de 1994; así como por la culminación de las obras, siendo invertidas por el contratista sumas de dinero superiores (\$38.369.080) a las pactadas contractualmente, motivos por los cuales no se podía declarar la caducidad del contrato como tampoco predicar alguna responsabilidad de la aseguradora puesto que no existió ningún riesgo.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto de 16 de mayo de 1996 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por la partes.

5.2. En Auto de 2 de octubre de 1997, se ordenó citar a las partes a diligencia de conciliación, la cual se efectuó el 29 de enero de 1998, sin que se logre un acuerdo conciliatorio.

5.3. Mediante auto de 26 de febrero de 1998 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para el respectivo concepto.

5.3.1. El Ministerio Público guardó silencio.

5.3.2. La parte demandante reiteró lo expuesto en la demanda, y adujo que en el testimonio del ingeniero del departamento se manifestó que para esa obra no se contaba con los estudios de suelos y planos, al igual que lo indicó el dictamen pericial en el que se consigna que la Gobernación de Cundinamarca se precipitó en llevar a cabo el Contrato 177 de 1993, por cuanto no se analizaron los estudios preliminares del sitio de la obra (levantamiento topográfico y estudio de suelos). En cambio, puntualiza, el contratista dentro del término no sólo cumplió con la cantidad de obra contratada, sino que ejecutó más, de acuerdo con lo precisado por los peritos, razón por la que *“no fue, entonces, el Contratista quien incumplió el contrato (...) fue el Estado; por intermedio de unos agentes que quedaron impunes...”*.

5.3.3. La Compañía de Seguros Caribe S.A. ahora MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., como litis consorte de la parte actora, insistió en lo expuesto en su escrito inicial y señaló que analizadas las pruebas, en particular el concepto pericial, se concluye que la Administración violó *“...el Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993 y el C.C.A. respectivamente...”*, toda vez que no se analizó el levantamiento topográfico y el estudio de suelos para la obra; el contratista dentro del término cumplió con la cantidad de obra contratada y ejecutó más de ella; y los actos administrativos impugnados fueron expedidos con posterioridad al plazo de ejecución del Contrato No. 177 de 1993, con ostensible falta de competencia (art. 84 C.C.A.).

5.3.4. El Departamento de Cundinamarca reiteró su oposición a la demanda y en particular señaló:

Que teniendo en cuenta que el contrato fue suscrito el 13 de octubre de 1993, se regula por el Decreto 222 de 1983 y, además, según su cláusula séptima, hace

parte del mismo el Decreto 1761 de 3 de julio de 1992, en el cual se establece como causal para declarar la caducidad del contrato el incumplimiento de las obligaciones que hacen imposible su ejecución.

Que al mencionado contrato se le aplica también el Estatuto Fiscal de Cundinamarca, Ordenanza 33 de 1989, que en su artículo 235, sobre el perfeccionamiento del contrato determinaba la constitución de garantías, que para este evento fueron aprobadas el 21 de octubre de 1993, razón por la que de acuerdo con el término de ejecución inicial (5 meses) y su prórroga (3 meses) su vencimiento ocurrió el 21 de junio de 1994, fecha en la cual se declaró su caducidad ante el incumplimiento del que dan cuenta el testimonio del Ingeniero Luis Hernando Mendoza y el informe de 31 de mayo de 1994, suscrito por el Jefe de Planeación del Municipio de Pasca en donde se ejecutaba.

Que, en consecuencia, la caducidad se dictó por incumplimiento del contratista el 21 de junio de 1994, estando en vigencia el contrato y mucho antes de la liquidación practicada al mismo el día 24 de noviembre de 1994, motivo por el cual la presunción de legalidad de los actos demandados no fue desvirtuada (cita en apoyo de sus argumentos la Sentencia de 18 de julio de 1997, C.P. Juan de Dios Montes Hernández).

6. La sentencia impugnada

6.1. El Tribunal *a quo* en la Sentencia de 13 de agosto de 1998 impugnada, luego de realizar el planteamiento general de la cuestión litigada, el desarrollo del proceso y la prueba recaudada, negó la totalidad de las pretensiones formuladas por la sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda., por los siguientes motivos:

Que, ante la carencia de prueba sobre la terminación del contrato, se debía tener en cuenta las afirmaciones coincidentes de las partes respecto de que el plazo expiraba el 21 de junio de 1994, razón por la cual, estando aquél vigente para cuando se expidió la Resolución 00773 que declaró su caducidad, mal podría afirmarse que tal decisión fue extemporánea, con el argumento de haber sido notificada en fecha posterior, dado que ello conduciría a la imposibilidad de tomar la decisión oportunamente en contratos de corta duración, como el del *sub lite*.

Que el incumplimiento del contrato por el no pago de la obra que se afirmaba ejecutada, no guarda relación alguna con la declaratoria de caducidad, la cual concierne a aspectos de carácter indemnizatorio, más no de legalidad y, por tanto, es inocuo para la pretendida declaratoria de ilegalidad del acto.

Que, como la pretensión indemnizatoria de los perjuicios por la pérdida de oportunidad respecto de la posible celebración de contratos por un período de cinco años a causa de la declaratoria de caducidad y en razón de la inhabilidad que de allí deriva, es consecuencial de la pretensión declaratoria de nulidad del acto en mención, al no prosperar ésta tampoco está llamada prosperar aquélla.

Que en relación con la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato por el no pago, era menester observar que: i) de conformidad con el contrato No. 177 de 1993, en caso de aumentar las cantidades de obra y, por ende, superar el valor pactado, se requería la aprobación de la Secretaría de Educación y la suscripción de un contrato adicional, requisitos que no fueron satisfechos, de manera que la sociedad contratista no podía, sin incumplir sus obligaciones contractuales, acometer la ejecución alegada para luego reclamar su pago; ii) del material probatorio no se colige que la mayor cantidad de obra ejecutada fuera necesaria para la obtención del objeto del contrato y, además, aquellas por concepto de las excavaciones de roca y de tierra, de la medición final realizada con miras a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto de declaratoria de caducidad demandado, no concuerda con las reclamadas por la actora, quien siguió realizando la obra con posterioridad a la expedición del mismo.

Que las pretensiones subsidiarias tampoco prosperaban, porque no se encontraba probado que la actora haya ejecutado cantidades de obras que la entidad pública no haya cancelado y que éstas hayan sido útiles en términos reales para el mejoramiento y terminación del campo deportivo de la Normal Departamental del Municipio de Pasca, de suerte que no se encontraban acreditados los elementos del enriquecimiento sin causa, por el acrecimiento del patrimonio de una persona a costa del empobrecimiento de otra sin causa que lo soporte.

6.2. Dos de los magistrados de la sección del Tribunal *a quo* que adoptó la decisión, salvaron voto, por cuanto consideraron que la pretensión anulatoria contra el acto administrativo demandado debió prosperar porque éste fue proferido después del plazo de ejecución de las obligaciones contractuales, según se

deduce del propio acto en el que se mencionó que *“...el término de ejecución se encuentra vencido, sin tener el contratista ninguna causal que justifique su retraso, causando perjuicios a la comunidad...”* y, por ende, como la caducidad del contrato es una decisión que puede adoptar la administración mientras este vivo el plazo de ejecución (art. 18 de la Ley 80 de 1993), existe un quebranto flagrante del ordenamiento superior por parte del acto demandado.

7. Los recursos de apelación

7.1. La sociedad actora Serviaguas y Construcciones Ltda., interpuso el 15 de octubre de 1998, recurso de apelación contra la Sentencia de 13 de agosto de 1998, el cual sustentó oportunamente por escrito de 9 de abril de 1999, en los siguientes términos:

Que el Departamento decretó la caducidad del contrato cuando ya su plazo había vencido, pues así lo reconoce la resolución respectiva cuando señaló en su considerando séptimo: *“...y en consecuencia el término de ejecución se encuentra vencido...”*; lo cual, obviamente, produjo también su notificación cuando el plazo ya había expirado.

Que la caducidad es una terminación del contrato por incumplimiento grave del contratista y en el asunto se encontraba probado que había ejecutado obra en exceso y, por lo mismo, no podía deducirse un incumplimiento.

Que el *a quo* reconoce que se ejecutó una obra en exceso pero niega su reconocimiento so pretexto de que se requiere además la suscripción del respectivo contrato adicional, argumento al cual añade que el contratista que hace más incumple sus obligaciones y que la mayor cantidad de obra no era necesaria; no obstante, *“Presintiendo el argumento de las obras en exceso en un contrato estatal requiera para su reconocimiento de un contrato adicional, hice uso de la acción de enriquecimiento sin causa...”*.

7.2. MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., en su calidad de litis consorte necesario de la parte actora, interpuso también el 20 de octubre de 1998 recurso de apelación, el cual sustentó en la oportunidad correspondiente así:

Que los actos administrativos están viciados de nulidad por haberse expedido cuando la administración contratante había perdido competencia para ejercer los denominados poderes exorbitantes, lo cual fundamenta con jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que, en su sentir, ha sido reiterativo en cuanto a la limitación temporal de la Administración Pública contratante para ejercer las cláusulas exorbitantes (6 de junio de 1996; 4 de mayo de 1992, Exp. 6661; 28 de septiembre de 1993, Exp. 6581; 09 de mayo de 1994, Exp. 8857; 11 de agosto de 1994, Exp. 8411; 30 de septiembre de 1994, Exp. 9280; 10 de marzo de 1995, Exp. 3303 y 16 de mayo de 1995, Exp. 10129).

Que, en efecto, la Resolución 0773 de 1994, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato fue fechada el 21 de junio del citado año pero sólo se notificó el 1 de julio de 1994, por lo que debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 48 del C.C.A, sin la notificación la decisión no surte efectos legales, a menos que la parte interesada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Que no sería lícito permitir a la administración que ante la terminación de las facultades para proferir un acto administrativo ejerciendo poderes exorbitantes, con sólo colocar la fecha anterior de la expedición, adquiriera de nuevo tales facultades, lo que ocurrió en este caso, por cuanto *“si en el mismo acto administrativo se reconoce que el término de ejecución se encontraba vencido ha de concluirse que, sin importar la fecha en que aparezca, éste se expidió por fuera del término de ejecución del contrato”*, con lo cual había perdido competencia para ejercer esta atribución.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Los recursos de apelación presentados fueron admitidos en auto de 10 de mayo de 1999, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente.

8.2. Mediante providencia de 9 de junio de 1999, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

8.2.1 La parte demandada, Gobernación de Cundinamarca, con antelación al traslado para alegar, presentó anticipadamente escrito en el que reiteró los

argumentos expuestos a lo largo del proceso y solicitó confirmar la sentencia apelada.

8.2.2. Por su parte, la sociedad actora Serviaguas y Construcciones Ltda., esgrimió en sus alegatos de conclusión: i.) Que en el contrato No. 177 de 1993, el contratista superó su valor por una circunstancia imprevista que consistió en una mayor cantidad de excavación de roca y, sin embargo, la entidad declaró la caducidad con el argumento de que la obra no se había terminado; ii.) Que como el contrato no fue pactado a precio global, sino a precios unitarios, no estaba obligado a seguir trabajando cuando el valor se hubiera agotado; iii) Que, por desconocer lo anterior, la sentencia incurre en una contradicción, cuando dice que si bien era cierto que el contratista había hecho más obra que la contratada, no se había celebrado un contrato adicional; iv.) Que, no obstante que realizó obra adicional, la misma le fue desconocida, soportando una pérdida de trabajo y además una sanción por incumplimiento; v.) Que la caducidad y la notificación deben ser oportunas, pues, de lo contrario, se presta “...para que los funcionarios hagan trampas...”.

8.2.3. MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., en sus alegatos de conclusión insistió en los argumentos expuestos a lo largo del proceso y añadió: i) que de acuerdo con los artículos 1, 6, 121, y 122 de la Constitución Política los servidores sólo pueden hacer lo que les está facultado; y ii) que la caducidad tanto en el régimen del Decreto 222 de 1983, como en la Ley 80 de 1993, únicamente puede declararse dentro del término de vigencia del contrato, razón por la cual, una vez expirado el mismo o, aún el mismo día de ejecución, no resulta viable, y a partir de allí cualquier incumplimiento del contrato debe impetrarse ante el juez competente.

8.2.4. El Ministerio Público, a través de la Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto en el que solicitó confirmar el fallo impugnado, con base en los siguientes argumentos:

Que las pretensiones principales no eran procedentes, en tanto la declaratoria de caducidad del contrato fue oportuna, toda vez que se produjo durante la vigencia del mismo -21 de junio de 1994-, así se haya producido el último día, pues no debe olvidarse que esta figura, además de constituir una terminación unilateral y anticipada del contrato, representa una sanción para el contratista incumplido,

que la administración está en la posibilidad de imponer por las causales previstas en la ley.

Que de acuerdo con la motivación del acto, no desvirtuada por el contratista, el mismo frente al objeto (construcción de una cancha múltiple de microfútbol y basketball) sólo ejecutó las actividades de excavación de roca, excavación de tierra y demolición de graderías (no contemplada en las obras pactadas).

Que, igualmente, de acuerdo con las pruebas allegadas, resulta evidente la desproporción del ítem excavación de roca (2.522,52 M3) y la presupuestada en el contrato (12 M3) y, por ende, el mal manejo contractual del demandante, por cuanto era clara la estipulación (parágrafo de la cláusula segunda del contrato) de que el aumento de las cantidades requería autorización de la entidad contratante - Secretario de Educación- y contrato adicional, si representaba un mayor valor, condiciones que el contratista ignoró, empeñándose en la ejecución de labores no autorizadas, no encontrándose tampoco en el plenario prueba alguna en que el contratista haya manifestado alguna dificultad presentada en el campo de las labores.

Que, no obstante lo anterior, el contratista prefirió seguir con las excavaciones en condiciones distintas al contrato, sin contrato adicional y con el convencimiento de que de todas maneras se le iba a cancelar, sin importar la cuantía y en desconocimiento a lo establecido en el Decreto 222 de 1983, que impedía adicionar en más del 50% el valor del contrato más los reajustes pactados (artículo 58).

Que, contrario a lo aducido por la parte actora, si el acto administrativo no es notificado en legal forma, es inoponible, no puede ejecutarse, pero no quiere decir que se requiera su notificación para poder entender que el mismo surgió al ámbito jurídico; y, además, tampoco puede afirmarse, porque la ley así no lo dispuso, que tanto la notificación como los recursos que contra el acto de declaratoria de caducidad se interpongan, deban ocurrir durante la vigencia del contrato, pues tan sólo basta que haya sido expedido antes del vencimiento del contrato.

Que respecto de las pretensiones subsidiarias, referidas al enriquecimiento sin causa, aunque el actor alegó sufrir un empobrecimiento por las excavaciones que realizó en exceso, no probó que el mismo haya originado a la entidad demandada

el disfrute de algún bien, servicio u obra que acrecentara el patrimonio de la demandada y, en cambio, del acervo probatorio surge que ella no recibió obra alguna.

8.3. La Magistrada a la que inicialmente le correspondió sustanciar el presente proceso, manifestó el 21 de julio de 2000 impedimento, el cual le fue aceptado.

8.4. El 22 de abril de 2005, ingresa al despacho de la Magistrada ponente para elaborar sentencia en compensación respecto de otro proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 1) objetivo de la acción; 2) la acreditación del contrato como presupuesto de la acción de controversias contractuales; 3) el acervo probatorio y su mérito; 4) las consecuencias de la falta de prueba del contrato fuente de la controversia y de su régimen jurídico departamental frente a las pretensiones; y 5) La conclusión.

1. OBJETIVO DE LA ACCIÓN

Según la demanda se persigue la nulidad de las Resoluciones Nos. 00773 de 1.994 y 01078 de 1.994, por medio de las cuales se declaró y confirmó la caducidad del contrato de obra No. 177 de 1.993 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda, por haberse dictado y notificado estos actos por la Administración departamental en forma extemporánea, es decir, vencido el término del contrato y, por ende, sin competencia por razón del tiempo; como consecuencia de la declaración anterior, se solicita condenar a aquella por los perjuicios que los actos anulados presuntamente le causaron a la sociedad actora, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos estatales por un período de cinco (5) años.

Así mismo, se pretende la declaratoria de incumplimiento por el departamento de Cundinamarca del citado contrato No. 177 de 1.993 con fundamento en que ésta dejó de pagar a la sociedad actora la obra que se afirma como realmente

ejecutada, y condenarla al pago de la misma junto con los intereses moratorios correspondientes. Y, en forma subsidiaria, solicita la declaratoria de enriquecimiento sin causa por el Departamento respecto de las obras que alega como ejecutadas en virtud del contrato 177 de 1.993 y no remuneradas y se condene a su pago, descontando previamente el valor del anticipo que señala haber recibido. Lo anterior, fue materia de coadyuvancia por parte de la aseguradora que actúa como litis consorte de la actora.

El Tribunal *a quo* negó la pretensión anulatoria, toda vez las que partes coinciden en afirmar que el término del contrato vencía el 24 de junio de 1994, fecha en la cual se profirió el acto demandado en el que se declaró la caducidad, razón por la que no se podía afirmar que fuera extemporánea; tampoco encontró prospera la pretensión de incumplimiento del pago de mayores cantidades de obra, dado que la sociedad no podía ejecutarlas sin que las mismas fueran autorizadas por la Secretaría de Educación y sin suscribir el respectivo contrato adicional, tal y como lo disponía el contrato 177 de 1993; y, finalmente, no encontró configurado un acrecimiento económico para el Departamento, de suerte que no se configuró el enriquecimiento alegado.

En los respectivos recursos de apelación de la actora y su coadyuvante, se insiste en la procedencia de los argumentos expuestos durante el proceso, relacionados con el vicio de ilegalidad por extemporaneidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato y el incumplimiento del Departamento de pagar mayores cantidades de obra ejecutada.

En este contexto, el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala, de acuerdo con los cargos formulados por el demandante y su coadyuvante, estriba en establecer si las Resoluciones No. 0073 de 21 de junio de 1994, por la cual se declara la caducidad administrativa del contrato de obra pública No. 177 de 12 de octubre de 1993 y la Resolución No. 01078 de 13 de septiembre de 1994 que la confirma, acusan un vicio de ilegalidad por falta de competencia en razón del tiempo *-ratione temporis-* y, en caso positivo, si hay lugar a adoptar medidas consecuenciales de restablecimiento para la sociedad actora, para lo cual siguiendo la temática arriba propuesta, en primer término, estudiará el presupuesto de la acción de controversias contractuales; en segundo término, verificará lo demostrado con el acervo probatorio y, en tercer término, entrará a resolver el caso concreto.

2. LA ACREDITACIÓN DEL CONTRATO COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Previo al estudio propuesto en el numeral anterior, advierte la Sala que la acción elegida por el actor para ventilar la anterior controversia es la de controversias contractuales, establecida para la época de la presentación de la demanda (30 de junio de 1995) en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en la forma modificada por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, a cuyo tenor:

"Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. [modificado por el artículo 17 del decreto 2409 de 1989] Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones."

"Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.

"El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".

Además, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, norma de estirpe procesal también vigente para la época de presentación de la demanda, "*...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 la normas que anteceden, es claro que la acción de controversias contractuales puede comprender diferentes pretensiones a condición de que tengan por origen un contrato, esto es, aquel negocio jurídico o acto jurídico bilateral o plurilateral celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por el cual una parte conformada por una o varias personas se obliga para con otra integrada también por una o varias a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación o situación jurídica.

Respecto de las fuentes de las controversias contractuales y, por ende, de las pretensiones que se pueden plantear a través de esta acción, la doctrina ha señalado que:

“...la controversia contractual, o sea el conflicto de intereses surgido entre las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanados del contrato, puede tener origen en el contrato mismo; en los hechos de ejecución o en los actos que dicte la administración, bien en forma unilateral o de común acuerdo con el contratista, y que en alguna forma afecten la relación negocial. Por eso mismo, tan conflicto contractual es el que se pone de presente cuando se demanda la nulidad absoluta o relativa del contrato, su simulación o su revisión, como el que se deriva del incumplimiento de unas de las partes o de ambas a sus obligaciones de ejecución o cumplimiento; o como el que nace cuando el acto administrativo contractual le pone fin anticipadamente al contrato, lo modifica en sus términos, señala un determinado sentido a sus cláusula, o lo liquida...”¹

Y la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación, los cuales deben controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, excluyendo de tal connotación aquellos actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato.²

En consecuencia, observa la Sala que la acción de controversias contractuales es la pertinente para obtener la nulidad del acto de caducidad de un contrato y su declaratoria de incumplimiento y las condenas consecuenciales de estas decisiones, como se pretende en el *sub lite*.

Sin embargo, con base en lo expuesto, concluye igualmente la Sala que si bien a través de esta acción es posible ventilar cualquier conflicto que se suscite no solamente con el contrato mismo, sino también en torno a los actos contractuales

¹ Betancur Jaramillo, Jaime, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, 2002, pág. 519.

² Es de anotar que “[l]a Sala en auto proferido el 10 de marzo de 1994, expediente 9118, precisó que todos los actos proferidos con ocasión del contrato, previos, concomitantes o posteriores a su celebración o ejecución, eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales regulada por el artículo 87 del C.C.A., a excepción de tres actos que podían impugnarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento (...). Este criterio jurisprudencial, según el cual los actos separables o previos difieren de los actos contractuales propiamente dichos y están sometidos a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, fue acogido por la ley 446 de 1998, (Art. 32)...”. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 9807.

con motivo del cual se expidan o los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento, es característica fundamental y presupuesto *sine quanon* para la prosperidad de las pretensiones que por esta vía procesal se incoen, que se acredite dentro del proceso el contrato origen de la controversia, excepto únicamente, claro está, cuando lo que se solicite sea la declaración de existencia del mismo, dado que, el contrato como fuente obligacional generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la materia de la acción, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a ley o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos contractuales que se expidan con motivo del mismo estén acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables.

3. EL ACERVO PROBATORIO Y SU MÉRITO

Dadas las deficiencias probatorias, precisa la Sala que las pruebas recaudadas en el proceso se encuentran en el cuaderno 2 del expediente, así:

a) Prueba documental

- Copia auténtica de certificación de la Superintendencia Bancaria de fecha 28 de abril de 1995, en la cual constan las tasas de interés que cobran los bancos para los créditos de libre asignación desde el 25 de mayo de 1990 hasta el 01 de mayo de 1995 (fl.1).

- Copias simples que dicen contener una comunicación de 20 de diciembre de 1994, dirigida por Guillermo Encizo P., Subcoordinador de Informática, y Clara González Mateus, Subcoordinadora Técnica, a Eduardo Ronderos Tobón, Director General de Control Interno de la Gobernación de Cundinamarca, presuntamente relacionada con un análisis efectuado de los documentos del contrato No. 177 de 1993 y de una visita al sitio de la obra (fls. 2 a 4).

- Copia simple que dice contener la comunicación C.I. 100284 de 12 de diciembre de 1994, de Eduardo Ronderos Tobón, Director General de Control Interno de la Gobernación de Cundinamarca, a William Marlon López Silva, Secretario de Educación, en la supuestamente se solicita una visita de dos funcionarios a las obras de mejoramiento y terminación de la Normal Departamental de Pasca (fl. 5)

- Copia del documento relacionado con el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00773 de 21 de junio de 1994, con argumentos similares a los esgrimidos en la demanda, y en el cual consta la diligencia de presentación personal ante la Secretaria General de la Gobernación el 14 de julio de 1994, (fls. 10 a 13).

- Copia simple de un documento presuntamente de 26 de abril de 1994, que dice contener una comunicación supuestamente suscrita por el Arq. Jaime Arellana Vanegas, Director de Planeación del Municipio de Pasca, y dirigida a la Secretaria de Educación de Cundinamarca, en la que se relaciona un cálculo de la cantidad de obra de piedra removida: 1.173,60 mts. 3, correspondientes a un largo de 32,60 Mts, un ancho de 30 Mts. y una profundidad para llegar a nivel de 1.20 Mts (fls. 30 y 44).

- Copia simple que dice contener un oficio presuntamente suscrito el 31 de mayo de 1994 por el Arq. Jaime Arellana Vanegas, Director de Planeación del Municipio de Pasca, y dirigido a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en la que se señala que no ha existido regularidad en los trabajos; que después de la prórroga concedida el contratista asistió la primera semana a dirigir la obra; que luego de haberse suspendido por dos semanas la obra, se reanudó bajo la responsabilidad de un subcontratista la explotación de piedra; que la explotación inicial fue medida en 1173.60 mts, pero que removida la piedra superficial se encontró que no todo el volumen correspondía a remoción de piedra; que en la actualidad la remoción representaba un 50% de piedra y un 50% de tierra, que a la fecha el contratista no ha ejecutado más de 130 m³ de piedra ni removido más de 160 m³ de tierra; que se hacía necesario que el contratista cumpliera con lo establecido en el contrato o de lo contrario que la Secretaría de Educación tomará parte jurídica en el asunto (fl. 45).

- Copia simple de un documento presuntamente de 6 de julio de 1994, que dice contener una comunicación supuestamente suscrita por el Arq. Jaime Arellana Vanegas, Director de Planeación del Municipio de Pasca, y dirigida a la Secretaria de Educación de Cundinamarca, en la que se menciona que en relación con la obra correspondiente al campo deportivo en la Normal Departamental, se habían rectificado las medidas tomadas, encontrando diferencia entre la explotación de piedra anterior y la actual, debido a que se tuvo que profundizar a una medida de

2.00 metros, y que por tanto, las medidas en la actualidad estaban dadas así: largo de 41.00 metros x un ancho de 31 de metros por una altura promedio de 2.00 metros, para un total de 2.870 metros cúbicos, de piedra, y además que el ingeniero contratista había cancelado en la Tesorería de la Alcaldía el alquiler que cobra el Municipio por la retroexcavadora (fls.14 y 43).

- Fotocopias simples que dicen contener unas fotografías del sitio de la obra (fls.15 a 26).

- Copias simples que dicen contener un oficio de 18 de agosto de 1994 de la Oficina de Planeación Municipal de Pasca “dirigido a quien interese” y presuntamente suscrito por el Arq. Jaime Arellana Vanegas, Director de Planeación de ese Municipio, y Luis Hernando Mendoza, Interventor, en la que supuestamente consta una visita de los mismos al sitio de obra en la que se habría observado la excavación y nivelación en un área aproximada de 40.00 m por 31.00 m, y se señala una dificultad para determinar la altura promedio, porque se requiere de una comisión de topografía, y que según afirmación del operador de la retroexcavadora del Municipio se retiraron 325 viajes de tierra y no toda la excavación fue en roca (fl. 42).

- Copias simples que dicen contener el Contrato 177 presuntamente suscrito el 12 de octubre de 1993 entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda., supuestamente para el mejoramiento y terminación de la Normal Departamental del Municipio de Pasca, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por la Secretaría de Educación de Cundinamarca y recibidos por el Contratista a entera satisfacción, según cantidades de obra que en él se señalan, las que pueden variar, previa aprobación del Secretario de Educación y suscripción del respectivo contrato adicional, según el caso (fls. 31 a 33).

- Copias simples que dicen contener un contrato adicional presuntamente suscrito el 11 de marzo de 1994 entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda., supuestamente en virtud de una solicitud formulada por el Municipio de Pasca, y a que el contratista ya había iniciado la excavación, replanteo y compra de materiales, y en el que se dice acordar una prórroga de la vigencia del contrato el Contrato 177 presuntamente suscrito el 12

de octubre de 1993 en 3 meses más y del plazo de ejecución en 2 meses, a partir del vencimiento del término inicial (fls. 34 a 35).

- Copia autenticada de la Resolución No. 0073 de 21 de junio de 1994, por la cual se declara la caducidad administrativa del contrato de obra pública No. 177 de 12 de octubre de 1993, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Educación y la Sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda., representada por Hernando Burgos Gutiérrez, por incumplimiento del mismo, se ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de que trata el artículo 11 del Decreto 1761 de 1992, por valor de \$2.000.000, equivalente al 10% del valor del contrato por \$20.000.000,00, la que podrá ser tomada de la garantía, y se ordena hacer efectiva la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo, No. 1212343 de la Compañía de Seguros Caribe, por los siguientes motivos:

“Que el día 12 de octubre de 1993, el Doctor JERONIMO RUBIO RUEDA, Secretario de Educación del Departamento de Cundinamarca, celebró contrato de Obra Pública, para el mejoramiento y terminación de la Normal Departamental del Municipio de Pasca, con el Ing. Hernando Burgos Gutiérrez, quien actuó en nombre y representación de la firma “SERVIAGUAS LTDA”.

“Que conforme a la Cláusula Primera del Contrato 177 de 1993, el Contratista se obligó a efectuar para el Departamento la obra de mejoramiento de la Normal Departamental del Municipio de Pasca de acuerdo a los planos y especificaciones suministrados por la Secretaría de Educación de Cundinamarca.

“Que las pólizas constituídas para amparar el citado contrato, fueron aprobadas por señor Secretario de Educación del Departamento de Cundinamarca, el día 21 de Octubre de 1993.

“Que la comunidad educativa del Municipio de Pasca, Cundinamarca, encabezada por el señor Alcalde, solicitó al señor Gobernador del Departamento se considerara una prórroga pedida por el Contratista, conforme a esta petición y en consideración a los intereses de la comunidad, el contrato citado fué prorrogado a partir del 11 de Marzo de 1994, por tres meses más.

“Que el contrato No. 177 de 1993 se encuentra vigente, siendo su fecha de vencimiento el 21 de junio de 2004.

“Que pese a la prórroga citada, el Ing. LUIS HERNANDO MENDOZA ROJAS, Interventor del la obra informa: ‘Los trabajos no se efectuaron con regularidad pues de los 60 días se trabajaron aproximadamente 20 días sin cumplir con la obra a ejecutar perjudicando a la comunidad que necesita el campo deportivo’.

“Que el contratista Ing. HERNANDO BURGOS G., ha tenido suficiente término para demostrar a la Administración su intención de cumplir con

la obra a la cual se comprometió con la firma del Contrato No. 177 de 1993, notando la Administración que a la fecha en mención no ha avanzado conforme a los requerimientos, y en consecuencia el término de ejecución se encuentra vencido, sin tener el Contratista ninguna causal que justifique su retraso, causando perjuicio a la comunidad educativa de Pasca, siendo procedente la aplicación del numeral f) del artículo 245 del Estatuto Fiscal de Cundinamarca y literales h) y j) del Decreto No. 01751 del 3 de julio de 1992.

“Que de acuerdo con el informe presentado por el Doctor LUIS HERNANDO MENDOZA ROJAS, Interventor designado por la Secretaría de Educación de Cundinamarca para la obra objeto del Contrato manifiesta: ‘En visita realizada el día de ayer en compañía del arquitecto JAIME ALBERTO ARRELLANA V. Jefe de la Oficina de Planeación del Municipio se midió la obra ejecutada dando las siguientes cantidades:

- Excavación en roca 139 M3 x 13.500 = \$1.755.000,00
- Excavación en tierra 160 M3 x 3.298 = \$ 527.680,00
- Demolición graderías 30 ML x 3.750 = \$ 112.500,00

TOTAL OBRA EJECUTADA	<u>\$ 2.395.180,00</u>
----------------------	------------------------

“En la obra no se estaba realizando ningún trabajo y en gran parte la tierra excavada fue retirada por parte de la Alcaldía con la maquinaria de la Asociación del Municipio.’ De lo anterior se deduce claramente que el Contratista manejó mal el anticipo.”

Igualmente, consta que dicha resolución fue notificada el 1 de julio de 1994, personalmente al representante legal de la sociedad actora (visible al dorso del fl. 27).

- Copia autenticada de la Resolución No. 01078 de 13 de septiembre de 1994, por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00773 de 1994, a través de la cual se declaró la caducidad del Contrato No. 177 de 1993, y en la que se decide confirmar ésta en todas sus partes, se ordena proceder a la liquidación del contrato una vez ejecutoriada, lo cual se sustenta así: i) en que la fecha de expedición del acto recurrido el contrato se encontraba vigente, teniendo en cuenta la prórroga del plazo; ii) que de conformidad con el contrato las cantidades de obra podían aumentar o disminuir, pero se requería para el aumento, aprobación del Secretario de Educación del Departamento y suscripción de un contrato adicional, lo que no ocurrió; iii) que según oficio del 19 de agosto de 1994 del Interventor de la obra, la mayor cantidad de obra se ejecutó entre el 1 de junio y el 6 de julio de 1994, fecha posterior a la visita de interventoría que se realizó el 31 de mayo de 1994 y que generó la expedición del acto impugnado; iv) que el interventor, en compañía de una comisión de topografía de la Secretaría de

Obras Públicas realizó una medición, el día 6 de septiembre de 1994, encontrando que las cantidades de obra ejecutada son: excavación en tierra 950.63 M3 x \$3.298 = \$3.135.177.14, excavación de roca = 580.77M3 x \$13.500= \$7.840.395, demolición de graderías 30 MLX\$3.750 = \$112.500, para un total de \$11.080.072.14, todo lo cual desvirtuaba el balance presentado por el contratista; v) que las anteriores cantidades fueron determinadas a partir de la información suministrada por el operador de la retroexcavadora quien indicó que se retiraron 325 viajes de tierra, con un promedio de 4.5 m3 de tierra por viaje, dando un volumen de tierra excavada de 950.63 M3, luego la excavación en roca es la diferencia entre el volumen total de excavación menos el volumen de tierra escavado, que corresponde a 580.77 M3 que se encuentra en el sitio de obra; vi) que el Contratista, vencido el término de ejecución y vigencia del Contrato y sin autorización de la interventoría, ni de la Secretaría de Educación, realizó obras que sobrepasan el valor del anticipo, pero no el valor del contrato, y vii) que la obra no se había terminado conforme a los términos fijados en el contrato No. 177 de 1993, lo cual causó perjuicio a la entidad y sobre todo a la comunidad educativa de Pasca (fls. 6 a 9).

Así mismo, consta que dicha resolución fue notificada el 26 de octubre de 1994, personalmente al representante legal de la sociedad actora (visible al dorso del fl. 9).

Como puede apreciarse la prueba documental está constituida por documentos públicos producidos por autoridades administrativas, y traídos al proceso en copia, algunas auténticas y la mayoría simples, prueba que se analizará a la luz de los artículos 251 y ss. del C. de Procedimiento Civil en cuanto a su alcance probatorio, de manera que sólo se tendrán en cuenta para su valoración aquellos documentos originales y los arrimados en copia auténtica, únicas de las que se puede predicar el mismo valor probatorio del original conforme al artículo 254 *ibídem*.

Sin embargo, de entrada advierte la Sala que dicha prueba documental lo único que demuestra en el proceso es la expedición de las Resoluciones Nos. 0073 de 21 de junio de 1994 y 01078 de 13 de septiembre de 1994 acusadas, en las que el Departamento de Cundinamarca declaró la caducidad administrativa de un contrato de obra pública No. 177 de 12 de octubre de 1993 y confirmó en vía gubernativa esa medida, pero no tienen el mérito de probar el contrato principal ni el contrato adicional en relación con los cuales se originaron dichos actos

administrativos, tal y como se analizará nuevamente este aspecto más adelante, por estimarse vital para la adopción de la decisión en el *sub lite*.

b) Prueba testimonial

- Declaración testimonial rendida por el señor Luis Hernando Mendoza Rojas, en su calidad de interventor del Contrato 177 de 1993, como funcionario del Departamento de Cundinamarca, ante el Tribunal a quo a solicitud de la entidad pública demandada, quien en síntesis, manifestó:

Que el citado contrato se había celebrado para la construcción y terminación de la Normal Departamental del Municipio de Pasca, con un plazo de 4 meses de ejecución, período dentro del cual realizó una visita en compañía de un ingeniero del contratista; y que con 20 días de antelación al vencimiento del contrato, y en atención a las preguntas de la comunidad sobre su ejecución, se citó al contratista con el fin de que explicara los motivos por los cuales no se había cumplido éste; luego, el municipio solicitó una prórroga de dos meses, la cual se otorgó, quedando el término de ejecución hasta el 11 de mayo de 1994.

Dentro de esos dos meses, agregó, los trabajos no se realizaron con regularidad; el 31 de mayo de 1994, se realizó una visita para verificar la ejecución de trabajos, con el Jefe de Planeación del municipio, Ing. Jaime Arellana, en la que se tomaron unas medidas aproximadas con las cuales se comprobó el incumplimiento del contratista y se advirtió que no había nadie trabajando en las obras, levantándose un informe con base en el cual se le declaró la caducidad. Sin embargo, mencionó, que teniendo en cuenta que fuera del plazo el contratista alegó una mayor cantidad ejecutada, se realizó una nueva visita, se solicitó una comisión de topógrafos y elaborados los cálculos se encontró una diferencia, pero no en la cantidad reclamada; posteriormente, el 20 de diciembre de 1994, se hizo una nueva visita al sitio de obra, pero no se pudo verificar en ese momento la cantidad de obra, pues para ello se requería de una comisión de topografía que realizará un levantamiento topográfico.

Declaró que para la obra no se contaba con estudios de suelos, ni planos, dado que era una obra muy clara, en la que se trataba de explanar un espacio definido para construir una placa de asfalto con un recebo de 15 centímetros de espesor, dejando la construcción al mismo nivel de la anterior por petición de la comunidad

lo cual originó la excavación y que no tuvo ninguna objeción desde el comienzo ni durante la prórroga por parte del contratista.

Finalmente, adujo que la excavación en roca en el contrato era mínima y en la liquidación final arrojó un total de 580.75, la cual fue necesaria realizar para cumplir con el objetivo del contrato; que las fotografías que obraban en el expediente correspondían a las obras del contrato No. 177 de 1993 e hizo también entrega en la diligencia de varios documentos en copia simple, entre ellos, uno con fecha de 18 de agosto de 1994, suscrito conjuntamente con el Arq. David Rodrigo Jiménez R., Director de Planeación Municipal de Pasca (fls. 36 a 41 C.2).

En relación con la declaración anterior, observa la Sala que no es posible corroborar dicha versión en torno a la ejecución y desarrollo de un contrato y de sus obligaciones con otros elementos de juicio dentro del proceso, en particular dada la inexistencia de prueba del contrato y de su adicional, así como de las comunicaciones aducidas en las que sustenta su dicho, por manera que a la luz de la sana crítica se impone desechar su contenido, en los términos del artículo 232 del C. de P. Civil.³

c) Prueba pericial

- Dictamen pericial practicado a solicitud del demandante, con el fin de determinar el volumen de la obra ejecutada, el valor de la misma y el monto de los perjuicios presuntamente derivados de la declaratoria de caducidad, al no poder el contratista contratar con el Estado por un período de cinco años (fls 46 a 78), en cuya metodología se advierte que para efecto de absolver las preguntas se tuvieron en cuenta varios documentos que los peritos adjuntan en fotocopias

³ El artículo 232 del C. de P. Civil es del siguiente texto: "Artículo 232. Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión." Ahora, si bien la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 25 de septiembre de 1973, T. CXLVII, págs. 66 y 67), ha señalado que el sentido y alcance de este artículo "...no excluye, explícita ni implícitamente, la prueba testimonial o de indicios basados en los testimonios, para enervar o desvirtuar la voluntad expresada en el documento público o privado que sí se otorgó (...); en todo caso, agrega también que "...el referido precepto se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto o la calidad de las partes justifiquen su omisión...", lo que permite que "si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento el contrato sí existe realmente", lo cual no ocurre en este caso, en el que se insiste, se encuentra huérfano de otros medios de convicción para corroborar o verificar dicho testimonio.

simples, dentro de las cuales se encuentran algunas que dicen contener el Contrato 177 de 1993 suscrito entre la Gobernación de Cundinamarca (Secretaría de Educación) y Serviaguas Construcciones Ltda. y de un contrato adicional al mismo, así como una visita ocular en el sitio de obras (enero de 1997). Además, se adjuntan fotos en la que se aprecia: la del anexo 7: muestra unas graderías contiguas a una excavación; la del anexo 8: muestra una piedra amontonada al lado de una cancha de basketball y frente a una edificación; la del anexo 9: muestra una porción de terreno explanada sin el corte de la obra.

Para la Sala, el anterior dictamen ni su aclaración ofrecen el mérito y credibilidad necesarias para probar lo consignado en el mismo por varias razones, a saber: a) en primer término, porque se basó en documentación desprovista de mérito demostrativo, dado que reposa en copia simple y, por ende, carente de valor probatorio de conformidad con el artículo 254 del C. de P. Civil; en efecto, las copias del contrato y de las comunicaciones que verificaron los peritos se encuentran sin autenticación; b) las fotografías anexas en las conclusiones de la visita ocular, no demuestran cómo se determinó la altura total promedio de la excavación por ellos encontradas, dado que en ella no se aprecia un corte de la excavación que mencionan, sino por el contrario una explanación del mismo, ni se explica en el dictamen de manera clara la metodología utilizada para ello, esto es, técnicamente desde dónde y hasta dónde se toma esa medida en el terreno y porqué, lo que compromete las cifras de las operaciones realizadas para obtener la excavación en roca y material común y sus resultados.

De acuerdo con lo anterior, la Sala en virtud del artículo 241 *ibídem*, según el cual el juez al valorar o apreciar el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, infiere que el mismo no puede servir como base para conclusiones definitivas que permitan llegar a la convicción y certeza acerca de los hechos objeto del dictamen.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA DEL CONTRATO FUENTE DE LA CONTROVERSIA Y DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEPARTAMENTAL FRENTE A LAS PRETENSIONES

Como puede deducirse del acervo probatorio, si bien quedaron demostrados con las copias auténticas de las Resoluciones Nos. 0073 de 21 de junio de 1994 y

01078 de 13 de septiembre de 1994 acusadas, que el Departamento de Cundinamarca declaró la caducidad administrativa de un contrato de obra pública No. 177 de 12 de octubre de 1993 y confirmó en vía gubernativa esa medida, no se probó dentro del proceso el contrato principal ni el contrato adicional en relación con los cuales se originaron dichos actos administrativos.

En efecto, los documentos con los que se pretendió acreditar el contrato 177 de 12 de octubre de 1993 y el contrato adicional de 11 de marzo de 1994, fueron aportados en copias simples, carentes según la legislación de valor probatorio, por cuanto, en tratándose de copias de documentos, si bien éstos pueden conforme al artículo 253 del C. de P. Civil ser aducidos en original o copias, para que puedan ser apreciados como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 *ibídem*⁴, de acuerdo con el cual:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Por lo tanto, las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretenda hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo prescrito en la norma procesal antes citada.⁵

⁴ Aplicable por remisión expresa que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisibilidad, práctica y valoración de las pruebas.

⁵ “...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos....” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

Recuérdese, por lo demás, que el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, *“...pues la solemnidad escrituraría hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...”*⁶

Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito *ad substantiam actus*, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman.⁷

En el presente asunto el contrato principal -afirmó la sociedad actora y se señala en los actos demandados- se suscribió el 12 de octubre de 1993, esto es, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, y el contrato adicional el 11 de marzo de 1994, cuando ya regía la Ley 80 de 1993, normativas que regularon la necesidad de elevar por escrito los contratos celebrados a que hacen referencia las mismas, en el entendido de que tal presupuesto hace parte de aquellas formalidades que determinan la existencia del mismo, tal y como lo puntualizó la Sala en reciente pronunciamiento así:

⁶ Ver: Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁷ Repárese que el artículo 187 del C. de P. C., es del siguiente tenor: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.”El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

“4. El contrato por escrito como prueba *ad substantiam actus* y el efecto útil de la interpretación de la norma

“En materia contractual, los diversos estatutos que han regulado las relaciones negociales de los particulares con el Estado, han consagrado presupuestos que deben cumplirse tanto para la celebración del contrato, como para su perfeccionamiento y, así mismo, han determinado la forma de probar los contratos, siendo una constante para todas estas etapas, la necesidad de instrumentar el negocio mediante escrito.

“1) En efecto, para la celebración del negocio jurídico estatal, por regla general, la ley ha dispuesto que los contratos deben celebrarse por escrito, requisito *ad substantiam actus* salvo expresa disposición legal en contrario. (...)

“En los distintos estatutos contractuales, para la forma de instrumentar el contrato, consagraron lo siguiente:

“a) En el decreto ley 150 de 1976:

“Artículo 18. De los contratos que deben constar por escrito. Salvo lo dispuesto en este decreto deberán constar, por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00).

“En los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la Nación se hará por resolución motivada.

“Los contratos deberán extenderse en papel sellado” (resalta la Sala).

“b) En el decreto ley 222 de 1983:

“Artículo 26. De los contratos que deben constar por escrito. Salvo lo dispuesto en este estatuto, deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos (\$300.000,00).

“En los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se hará por resolución motivada” (negrillas fuera del texto).

“c) En la ley 80 de 1993:

“Artículo. 39. De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

“Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

“Parágrafo. No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en

función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.(...)

“En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto” (negrillas adicionales)

“(...)

“2) Para el perfeccionamiento del negocio, la normatividad contractual se ha inclinado por la necesidad del escrito como presupuesto para tal efecto, según la forma y condiciones señaladas, tanto en los anteriores decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, que daban por perfeccionado el contrato con eventos específicos, a saber: la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo que los declarara ajustados a la ley, la aprobación de fianzas, el registro presupuestal o, la suscripción del contrato (art. 51 dcto 222 de 1983) y, para algunos contratos específicos, la aprobación del Consejo de Ministros, la autorización de la Junta Directiva del Banco de la República o de otra autoridad y la publicación en la Diario Oficial (entre otros, arts. 114, 158, 168 y 170 dcto 150 de 1976, arts. 220 y 232 dcto 222 de 1983), eventos éstos que, si se miran desde el punto de vista práctico, se harían de imposible cumplimiento sin el escrito contentivo del acuerdo negocial, como igualmente acontece en la actual ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, que destacan en forma preponderante el escrito como uno de los dos presupuestos para el perfeccionamiento de todo contrato.

“(...)

“Del marco normativo contractual que ha regido a los contratos estatales se evidencia, claramente, que en la generalidad de los casos, la existencia del contrato pende y se acredita mediante el documento escrito y, es por eso que los contratos estatales se reputan solemnes.

“Tal característica de solemnidad del contrato estatal debe ser entendida en forma razonable y armónica con la disposición que consagra el aspecto de la prueba de los contratos, repetida en los estatutos contractuales de 1976 y de 1983; en la ley 80 de 1993, si bien el contrato continúa siendo solemne según lo preceptuado en los artículos 39 y 41, no existe una disposición específica y expresa sobre la forma de probarlo.

“Así, en el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y en el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, en forma idéntica preceptuaban que la existencia de los contratos podía demostrarse “por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes”, salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, instrumento éste último igualmente de carácter documental. (...)

“a) Esa disposición probatoria autoriza la utilización de cualquiera de los medios de convicción relacionados en el artículo 175 ibidem, a saber: testimonios, indicios, etc., pero, con la siguiente advertencia expresa: “sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.

“b) Por su parte, las disposiciones contractuales de naturaleza sustancial contenidas en los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 - según el caso-, imponen, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*, que, imposibilita probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, dado el carácter especial que revisten aquellas normas.

“c) Esa situación probatoria *ad solemnitatem* también se predica, en forma estricta y con mayor razón, cuando se trata de instrumentar esa relación mediante escritura pública, en los casos que así lo exige expresamente la ley.

“d) En ese contexto, habrá de interpretarse que el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, que daban vía libre a la posibilidad de probar la existencia del contrato con cualquier medio de convicción de los previstos en el artículo 175 del C. de P. C., serían aplicables, como por ejemplo: frente a aquellos negocios jurídicos en los que la ley no exigió que el contrato constara por escrito o, cuando el contrato se destruye materialmente, entre otros eventos.

“En efecto, a título de mención, se hace referencia a los contratos cuya cuantía fuera menor a: \$50.000,00, en vigencia del decreto ley 150 de 1976 (art. 18) y, \$300.000,00, en aplicación del decreto ley 222 de 1983 (art. 26). Actualmente, en la ley 80 de 1993, el legislador exceptuó la solemnidad escrita para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, pero, exige la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39).”⁸

En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita *in extenso* y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito *ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal.

Descendiendo el pensamiento jurídico anterior al *sub lite*, se infiere que la sociedad actora no demostró los hechos en que fundamenta las súplicas anulatorias, por cuanto no trajo al proceso la copia auténtica del contrato base que

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, C.P. Fredy Ibarra Martínez.

origina y fundamenta las pretensiones de la demanda, sin el cual no es posible revisar con certeza la motivación de los actos administrativos contractuales demandados, pues las consideraciones expuestas en los mismos se encuentran ligadas al negocio jurídico contractual con ocasión del cual se profirieron, en el entendido de que ellos no pueden considerarse separados de aquél.

Por lo tanto, como arriba se explicó, la falta de acreditación en forma legal en el proceso del contrato fuente de la controversia contractual, determina que no puedan prosperar las pretensiones de la demanda dirigidas a la nulidad de los actos acusados, pues no es posible ante su ausencia enervar la presunción de legalidad y certeza de los actos administrativos demandados.

En efecto, no obstante que se probaron los actos contractuales acusados, en los cuales se señala la celebración de un contrato de número 177 de 1993 y un adicional de 1994, debido a la ausencia de prueba en el proceso de dichos negocios jurídicos, dado que fueron aportados en copias simples, no puede la Sala verificar su existencia y, principalmente, establecer y precisar los elementos, las cláusulas y las estipulaciones relacionadas con el objeto, el plazo, el valor, los derechos, las obligaciones, su perfeccionamiento, fechas de iniciación, ejecución, desarrollo y terminación, entre otros, es decir, no cuenta con los supuestos fácticos y jurídicos que emergen del contrato y de su desarrollo para comprobar la veracidad de los cargos efectuados por la sociedad demandante, relativos a la extemporaneidad en el ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad por parte de la Administración y al incumplimiento del mismo alegado.⁹

Con otras palabras, para que el juez pueda realizar un control de legalidad de un acto de declaratoria de caducidad de un contrato y establecer con exactitud el cumplimiento del objeto y las obligaciones del mismo, según el caso, en las oportunidades procesales correspondientes debe probarse el contrato, mediante su aporte en original o en copia auténtica, es decir, en condiciones legales de valoración, pues no basta, como ocurrió en este caso, adjuntar únicamente la copia hábil del acto administrativo acusado, dado que con este sólo documento no es jurídicamente viable llegar a conclusiones de legalidad o responsabilidad, toda vez que ellas deben ser soportadas con el contrato fuente de la controversia y

⁹ El artículo 1757 del Código Civil señala que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”, o sea, que quien alegue como fuente de obligaciones el contrato deberá probar la existencia del mismo con miras a hacerlo valer frente a su cocontratante.

producto de un análisis y cotejo de su contenido o clausulado (en aspectos relacionados con su objeto, obligaciones, derechos, valor, plazo, alcance, perfeccionamiento, ejecución, entre otros) con los motivos invocados en aquél y sus otros elementos (fecha de expedición, competencia del funcionario, etc.).

De otra parte, cabe observar que para el 12 de octubre de 1993, fecha en la cual se afirma fue celebrado el contrato principal 177, se encontraban vigentes los artículos 5 de Ley 19 de 1982, 1 del Decreto - ley 222 de 1983, 5 de la Ley 58 de 1982, y 211 y 212 del Decreto 1222 de 1986 y, por lo mismo, el perfeccionamiento de éste se sujetaba a las normas que para esos efectos hubiera expedido la Asamblea Departamental de Cundinamarca. Sin embargo, como tampoco se aportó al proceso la copia de la ordenanza que regulaba los contratos que celebrara el Departamento Cundinamarca para esa época, tal como lo dispone el artículo 141 del C.C.A, no es posible para la Sala apreciar este aspecto fundamental en el proceso, incurriendo nuevamente el actor en una omisión probatoria que también impide la prosperidad de las pretensiones principales de la demanda.

La Sala, en Sentencia de 19 de mayo de 1995, Exp. 7580, arribó a igual conclusión de derecho para denegar similares súplicas, en los siguientes términos:

“...Como la razón de la impugnación radica en el hecho de que la declaración de caducidad se operó por fuera del término contractual, es absolutamente indispensable, para establecerla, determinar primero la fecha en la cual se perfeccionó el contrato. Tal cosa, sin embargo, no es posible con el material probatorio que obra en el expediente.

“(...

“La perfección del contrato dependía de los preceptos que, para el caso, hubiese expedido la Asamblea Departamental de Boyacá en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 1o del decreto 222 de 1983, 5o. de la ley 58 de 1982, y 211 y 212 del decreto 1222 de 1986.

“(...

“Pese a lo anterior, al proceso no se trajo la copia de la ordenanza reguladora de los contratos que celebrara el Departamento de Boyacá y sus entidades descentralizadas, lo cual impide que se pueda apreciar este aspecto determinante en la litis y, por lo tanto, obstaculiza la prosperidad de las pretensiones de la demanda...”¹⁰

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de mayo 19 de 1995, Exp. 7580, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Solución jurisprudencial que antecede que se impone aún más en el *sub examine*, por cuanto a ella se suma que el documento con el cual se intentó probar el contrato principal No 177 de 1993 a partir del cual se pretende hacer valer la presente acción de controversias contractuales, resultó fallido, en tanto se aportó en copias simples; y respecto del contrato adicional, celebrado según se afirma en el año de 1994 -ya bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 que eliminó esas competencias de las asambleas departamentales y concejos municipales¹¹, teniendo en cuenta que acusa de esta misma falencia de ser anexado en copias simples, no es posible determinar si en realidad existió y prorrogó términos y plazos de un contrato principal, que se repite, no se probó.

Así mismo, por las anteriores consideraciones, tampoco puede la Sala analizar y derivar el incumplimiento reclamado por la sociedad actora¹², y menos aún “...es posible deducir responsabilidad patrimonial de tipo contractual cuando no se demuestra la existencia del contrato; (...) requisito imprescindible para que el juzgador acceda a las reclamaciones del actor, como que constituye el fundamento y razón de ser de las mismas...”¹³, de donde se colige que la otras pretensiones principales incoadas con esta finalidad no tienen tampoco vocación para prosperar.

Finalmente, igual suerte deben correr las pretensiones subsidiarias según las cuales “...el DEPARTAMENTO se enriqueció injustamente, con las obras ejecutadas por el CONTRATISTA, para el contrato 177 de 1.993 y no remuneradas el (sic), que a su vez sufrió un empobrecimiento correlativo...”, en

¹¹ Y que, como atrás se observó, estableció mediante disposiciones imperativas (arts. 39 y 41) y, por lo mismo, de orden público y con vigencia general e inmediata, la forma de instrumentar los contratos que realicen las entidades estatales.

¹² Sobre este último aspecto, recuérdese como lo ha sostenido la Sala que “[c]uando se declara la caducidad de un contrato por incumplimiento del contratista, éste, si estima que cumplió o se allanó a cumplir, podrá acumular pretensión de nulidad de este acto de terminación con la de incumplimiento de la administración con indemnización de perjuicios. Pero cuando tal cosa suceda el estudio de fondo de la última dependerá de la prosperidad de la primera, porque si ésta no prospera la declaratoria de incumplimiento hecha por la administración en el acto de caducidad quedará en firme y el juez administrativo no podría, sin caer en contradicción flagrante, declarar el incumplimiento de la propia administración. En otras palabras, en eventos como el aquí estudiado, el juez no podrá estudiar el incumplimiento de la administración, sino cuando haya desaparecido por nulidad, el obstáculo que representa la declaratoria de incumplimiento del contratista hecha por aquélla en el acto de caducidad.” Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 1991, Exp. 6102, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Con similar orientación, la Sala, en Sentencia de 27 de noviembre de 2003. C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 14431, señaló que “[l]a responsabilidad contractual como objeto de declaración judicial requiere pues, tratándose de la impugnación de acto contractual, de la declaración previa de nulidad de este, así se constata de la lectura del primer inciso del artículo 87 del C.C.A, entre otros.”

¹³ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de mayo 18 de 1992, Exp. 5355, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

tanto la demandante las sujeta a un contrato que no probó. Y, además, porque, si bien la jurisprudencia de la Corporación ha aceptado en algunos eventos la acción *in rem verso* para reclamar la compensación de quien sufre una disminución patrimonial, originada en aquellas situaciones en que no mediando un contrato, el actor entregó un bien, ejecutó un servicio o una obra recibida a satisfacción por la entidad pública demandada sin que la misma la haya cancelado, lo cierto es que en dichos casos fue menester probar la concurrencia de los elementos que la configuran, esto es, un enriquecimiento patrimonial de la parte beneficiada, con un correlativo empobrecimiento de la parte afectada, sin una causa jurídica que justifique el desequilibrio económico, y además la buena fe en la actuación y la subsidiaridad de la acción, esto último en el entendido de que no debe existir otra diferente que permita obtener el reintegro del valor de la disminución o el restablecimiento del equilibrio entre los dos patrimonios, requisitos todos estos que no se encuentran acreditados en el presente proceso.

Por ello, en este aspecto coincide la Sala con el Tribunal *a quo* cuando concluyó que no se había demostrado que la sociedad actora haya ejecutado obras que la entidad pública no haya cancelado y que tienen una significación económica positiva para la misma, es decir, no se probó un acrecimiento económico del patrimonio del Departamento de Cundinamarca, a costa del empobrecimiento de aquélla, sin causa que lo soporte, lo cual hace improcedente la prosperidad de estas pretensiones.

5. LA CONCLUSIÓN

En el caso concreto, tal y como se observó del acervo probatorio del expediente, no se acreditó la existencia del contrato principal y el contrato adicional que sustentan la causa de la acción y de la normatividad territorial aplicable al primero y, en tal virtud, esas omisiones imposibilitan a la Sala determinar si las conductas imputadas en la demanda, relacionadas con una presunta carencia de competencia de la Gobernación de Cundinamarca - Secretaria de Educación por el factor temporal para expedir los actos administrativos contractuales demandados y un supuesto incumplimiento de un contrato por falta de pago de obras ejecutadas, realmente se presentaron.

En este orden de ideas, se concluye que el actor incumplió con la carga procesal de la prueba que estaba a su cargo, prevista en el artículo 177 del Código de

Procedimiento Civil y según el cual “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable¹⁴, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, aun cuando por motivos diferentes.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 13 de agosto de 1998, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

14 “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autoresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...”. PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág 242. Y, “...Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente les señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA