

## **CONTRATO ESTATAL– Prueba “*ad substantiam actus*”.**

La jurisprudencia de la Sala<sup>1</sup> ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada igualmente en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento –conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993, norma que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas.

También ha sostenido esta Corporación que -en principio- no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían 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, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato.

### **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON**

Bogotá D.C., marzo siete (7) de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01405-01(18207)**

**Actor: OSCAR FRANCISCO JAMARDO MARQUEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE**

---

<sup>1</sup> Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

## Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor Oscar Francisco Jamardo Márquez, contra la sentencia del tres (3) de febrero de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

*“1° Declárase que el municipio de Ibagué incumplió el contrato 57, que suscribió el 28 de noviembre de 1997 con OSCAR FRANCISCO JAMARDO MARQUEZ, para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de 14 computadores en diferentes dependencias de la administración central de dicho municipio y, en consecuencia, declárase resuelto el mencionado contrato.*

*“2° Declárase que el municipio de Ibagué es administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales ocasionados al demandante con el incumplimiento del contrato en mención y, por tanto, condénasele a pagar al actor la suma de trescientos setenta y siete mil seiscientos cincuenta pesos con noventa centavos (\$377.650,90), por dicho concepto, conforme a lo explicado sobre el particular en la parte motiva de esta sentencia.*

*“3° La condena de que trata el ordinal precedente devengará intereses y a la sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.*

*“4° Niéganse las demás pretensiones de la demanda.*

*“(…).”*

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda.

El día 30 de julio de 1998, el señor Oscar Francisco Jamardo Márquez, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 30 al 40 del cuaderno número 1):

**“PRIMERA:** Que el **MUNICIPIO DE IBAGUE** incumplió el contrato administrativo de suministro No. 0057 de Noviembre 28 de 1997, suscrito entre [con] el señor OSCAR FRANCISCO JAMARDO MARQUEZ, cuyo objeto era suministrar, instalar y dejar en funcionamiento catorce computadores destinados a diferentes dependencias de administración central.

**“SEGUNDA:** Que se declare la resolución del contrato administrativo No. 0057 de Noviembre 28 de 1997 suscrito con el **MUNICIPIO DE IBAGUE**, por no haberse hecho entrega por porte de éste, del anticipo correspondiente al 50% del valor del contrato, obligación establecida en la cláusula Cuarta del contrato en mención, perjudicando patrimonial, personal y comercialmente al señor **OSCAR FRANCISCO JAMARDO MARQUEZ**.

**“TERCERA:** Que como consecuencia de lo anterior se condene al **MUNICIPIO DE IBAGUE** a pagar al demandante el valor de los perjuicios sufridos por mi poderdante que ascienden a la fecha a una suma en ningún caso inferior a los **QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$550.000.00)** (sic), representados en las ganancias o utilidades que había programado obtener con la ejecución de dicho contrato, mas (sic) los daños materiales y morales que se prueben dentro del proceso.

**“CUARTA:** Que el **MUNICIPIO DE IBAGUE** es responsable administrativamente de los daños y perjuicios materiales y morales, objetivados y subjetivados, presentes y futuros, ocasionados a mi mandante, por el incumplimiento del Contrato 0057 de 1997, en cuantía que se determinará a través de la prueba pericial, pero que en ningún momento será inferior a **QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$550.000.000.00)**.

**“QUINTA:** Que las condenas devenguen intereses corrientes, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que las reconozca y moratorios vencido dicho término.

**“SEXTA:** Si al momento de fallar no se pudiere señalar el monto concreto de la indemnización, el mismo se determinará y liquidará en la sentencia complementaria de que tratan los artículos 307 y 308 del C.P.C.

**“SEPTIMA:** Ordenar que la parte demandada le de (sic) cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.”.

El demandante solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, por concepto de indemnización de *“los perjuicios materiales y morales, objetivados y subjetivados, presentes y futuros causados por el incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada, los que se tasan en la suma en ningún caso inferior a los **QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$ 520.000.000.00)**”*<sup>2</sup>.

## **2. Los hechos.**

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

- Que el 28 de noviembre de 1997, el señor Oscar Francisco Jamardo Márquez suscribió el contrato de suministro No. 57 con el municipio de Ibagué, por valor de \$ 49'000.000.00, cuyo objeto constituyó el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de 14 computadores en diferentes dependencias de la administración central del mismo municipio.
- Que en virtud de dicho contrato el municipio de Ibagué se obligó a pagar al proveedor un 50% de su valor -equivalente a \$24'500.000.00- en calidad de anticipo.
- Que el día 19 de mayo de 1998, *“haciendo uso del derecho de petición”*, el actor solicitó a la entidad pública demandada que se le informara el motivo por el cual no se había dado cumplimiento al contrato, pidió además que se

---

<sup>2</sup> Suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 30 de julio de 1998, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$18'850.000, de conformidad con el Decreto 597 de 1988.

efectuara la correspondiente actualización de precios y se ordenara realizar el pago del anticipo.

- Que mediante oficio número 0626 del 8 de junio de 1998, la Asesora de la Oficina de Contratación de la Alcaldía, Jenny Madeleine Pomar, en respuesta a la petición formulada, expresó lo siguiente:

*“Le informo que se están adelantando los trámites necesarios para el pago de las obligaciones adquiridas por el Municipio en relación con el contrato No. 057 de Nov. 28/97, contenidas en la cláusula cuarta, así mismo se está estudiando la viabilidad para la actualización de los precios de acuerdo a las obligaciones adquiridas por las partes”.*

- Que a la fecha de presentación de la demanda han transcurrido más de seis meses sin que le hubiere sido pagado al contratista el valor correspondiente al anticipo, como tampoco se hubiere presentado *“una alternativa de solución”*, en razón de lo cual el municipio de Ibagué incumplió *“de manera clara”* la cláusula cuarta del contrato, con lo cual se le ocasionaron al contratista perjuicios *patrimoniales, personales y comerciales*.
- Que el contratista, a raíz del incumplimiento del municipio y, además, al no recibir las utilidades esperadas de la ejecución del contrato, se vio obligado a incumplir diversas obligaciones, por lo cual era objeto de varios procesos judiciales de cobro y si bien algunos de ellos se encontraban a nombre de su cónyuge, quien obra como apoderada en este proceso, las mismas eran atendidas por el actor.

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

Afirmó la parte actora que el municipio de Ibagué, al incumplir el contrato, vulneró las normas jurídicas contenidas en los siguientes artículos: i) de la Constitución Política: los artículos 2, 6, 90 y 124; ii) del Código Civil: los artículos 1494, 1546, 1608, 1609, 1613, 1617 y 1625 y, iii) de la Ley 80 de 1993: los artículos 5 numeral 1º, 26 numerales 2º y 4º y el artículo 51.

De acuerdo con lo expuesto por el demandante, el municipio incurrió en un incumplimiento de la cláusula cuarta del contrato, en tanto no entregó al contratista el valor correspondiente al anticipo, el cual se constituía en un pago previo al cumplimiento de la obligación principal contraída por el contratista, que le permitía cumplir con la misma; según el actor, la entidad pública demandada, con su actuación, desconoció el principio de legalidad al cual se encuentra sometida y ocasionó al actor un daño antijurídico que debe reparar, de conformidad con las disposiciones constitucionales citadas.

También sostuvo el actor que de conformidad con las normas de carácter civil enunciadas, el ente municipal comprometió su responsabilidad, en tanto se encuentra en mora de cumplir con sus obligaciones, a pesar de los requerimientos hechos por el contratista, en los cuales manifestó su interés de cumplir con el contrato; consideró el actor que, dado el incumplimiento de la entidad, se encuentra legitimado para incoar la acción resolutoria y solicitar el valor actualizado correspondiente a la indemnización de los perjuicios que se le han ocasionado.

Afirmó el demandante que de conformidad con el Estatuto de Contratación, por un lado, resulta obligatorio para la entidad contratante disponer de los medios para

que el contratista pueda cumplir y, por otro, constituye un derecho del contratista recibir oportunamente la remuneración pactada, de forma tal que *el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*

#### **4. Actuación procesal.**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 30 de julio de 1998 (fl. 40 primer cuaderno).

El día 12 de agosto de 1998, el Tribunal a quo admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Alcalde Municipal de Ibagué y al Agente del Ministerio Público; además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., y reconoció personería adjetiva a la apoderada de la parte actora (folio 41, cdno. ppal.).

#### **5. Contestación de la demanda.**

Una vez notificada la demanda, el municipio contestó a través de apoderado, mediante escrito visible a folios 48 y 49, en el cual, entre otras razones, manifestó que no se ha incumplido el contrato, en tanto su ejecución empieza a contarse a partir del desembolso del anticipo, el cual para esa fecha no se había hecho.

Sostuvo que si se resuelve el contrato el valor de la condena debe limitarse a los gastos realizados por el actor para efectos de su legalización y además sostuvo que si el valor pactado era de \$ 49'000.000.00, no podía pretenderse una condena de \$550'000.000.00 que, según la actora, equivalía a la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato, por lo cual solicitó que se diera aplicación al artículo 211 del C. de P.C.

#### **6. Decreto de pruebas.**

Mediante auto calendarado el 13 de octubre de 1998 se abrió el proceso a pruebas, se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda y se decretaron las demás pedidas por la parte actora; en el mismo acto se reconoció personería adjetiva al apoderado del municipio de Ibagué (folio 50 del primer cuaderno).

#### **7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

El 21 de abril de 1999, el Tribunal a quo ordenó dar traslado a las partes para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto (folio 80 del primer cuaderno).

##### **7.1. De la parte actora.**

La parte actora reiteró lo expresado en la demanda y concluyó que en el proceso se demostró que el municipio de Ibagué incumplió el Contrato 057 de 1997 y que, como consecuencia de tal incumplimiento, se le ocasionó un detrimento patrimonial.

##### **7.2. Concepto del Ministerio Público.**

El delegado del Ministerio Público solicitó declarar la existencia del contrato y negar las demás pretensiones de la demanda.

En su concepto, no podía haber una condena por las ganancias o utilidades esperadas, por cuanto las mismas apenas sí constituían una expectativa que no se acreditó en el proceso.

Afirmó que en tanto el Municipio no hizo entrega del anticipo, tampoco le fueron suministrados los computadores, por lo cual, si bien el actor debió realizar algunos gastos, éstos se limitaron al pago de la garantía, lo cual se encontraba justificado como objeto de la indemnización.

## **8. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia -en el presente asunto- el 3 de febrero de 2000 (folios 116 a 122 del cuaderno principal), mediante la cual encontró probado el incumplimiento de la entidad en el pago del anticipo.

A modo de indemnización reconoció los gastos efectuados para el perfeccionamiento del contrato y denegó los demás pedidos, en tanto consideró los mismos no se acreditaron en el proceso.

## **9. El recurso de apelación.**

Inconforme con la decisión anterior, el actor interpuso recurso de apelación (folio 126 del cuaderno principal), el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto de febrero 23 de 2000 (folio 127 del cuaderno principal); en escrito presentado el 26 de mayo del mismo año, el impugnante en la sustentación del recurso expresó lo siguiente (folios 134 a 139 del cuaderno principal):

*“El recurso de apelación se orienta a que el ad-quem confirme la decisión del a-quo, en cuanto dio por terminado el contrato por el incumplimiento contractual de la Administración Municipal de Ibagué y corrija el grave error cometido al no condenar por los perjuicios materiales y morales sufridos por mi procurado.*

*“En consecuencia, solicito se confirme el fallo proferido por el a-quo, Ordinal 1º y se modifique el Ordinal 2º, en cuanto a que los perjuicios materiales conforme al Artículo 50 de la Ley 80 de 1993, inexorablemente son la ganancia-beneficio que esperaba de la ejecución del contrato; en este caso, la tercera parte de \$49.000.000, más los otros perjuicios, probados en el proceso, tal como se desprende de la experticia, en la suma de \$100.000.000. Y los perjuicios morales, los cuales considero en 1.000 gramos oro. Más los intereses conforme a la Ley 80 de 1993.”*

## **10. Actuación en segunda instancia.**

**10.1.** Mediante auto del 2 de junio de 2000, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 3 de febrero de 2000 (folio 140 del cuaderno principal).

**10.2.** Esta Corporación, por medio de auto proferido el 24 de julio de 2000, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 142 del cuaderno principal).

Tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia.

**10.3.** Mediante escrito que obra a folio 160 del cuaderno principal, el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer de este proceso, por haber participado como magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Tolima, Corporación concedora del proceso en primera instancia. El impedimento le fue aceptado por la Sala mediante auto calendado el nueve (9) de diciembre de dos mil once (2011) (folio 162 del cuaderno principal).

## **II. CONSIDERACIONES :**

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: **1)** competencia de la Sala para conocer del asunto; **2)** las pruebas aportadas al proceso; **3)** El criterio de la Sala respecto del contrato escrito; **4)** El asunto sometido a examen.

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

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>3</sup> de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto el municipio de Ibagué tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente en su condición de entidad territorial.

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

*“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”<sup>4</sup> (Negrilla fuera del texto)*

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos

---

<sup>3</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

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

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

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”<sup>5</sup>*

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

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

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

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los*

---

<sup>5</sup> Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

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

“(…)”

*tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*“(...).”*

## **2. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>6</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía<sup>7</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa

---

<sup>6</sup> Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

<sup>7</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>8</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

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

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

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

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

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

---

<sup>8</sup> Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

*“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.*

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

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

## **2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

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

**2.1.1.** Copia auténtica de un escrito de demanda interpuesto por la CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA “CONCASA”, en contra de la señora MARTHA LUCIA DIMEY GALINDO, ante “JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUE” (folios 12 a 19 C1).

**2.1.2.** Cuentas de cobro correspondientes a un crédito hipotecario con la Corporación Colmena, remitidas por la firma *SOLUCIONES FINANCIERAS* a la señora Martha Lucía Dimey Galindo (folios 24 a 27 del C1).

**2.1.3.** Oficio remitido por la Asesora Coordinadora de la Oficina de Contratación de la Alcaldía de Ibagué al actor, el día 8 de junio de 1998, en el cual le informa que se están adelantando los trámites para el pago de obligaciones surgidas del contrato 057 de noviembre 28 de 1997 (folio 32 C1).

## **2.2. Copias simples.**

Al proceso se allegaron varios documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Los siguientes documentos fueron aportados al proceso en copia simple:

1. Documento que aparenta ser copia del contrato 0057 de noviembre 28 de 1997, en el cual se observa la fotocopia de un sello cuya inscripción dice “ES FIEL COPIA TOMADA DE SU ORIGINAL 3/MAR. 1998” y también una firma ilegible en copia, además, sin inscripción alguna respecto de la entidad y persona que habrían impuesto tales sello y firma en el respectivo original (folios 3 a 6 del primer cuaderno)
2. Documento que parece ser una copia de la Garantía Única de Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales, en la cual se observa la fotocopia de un sello cuya inscripción dice “ES FIEL COPIA TOMADA DE SU ORIGINAL 3/ MAR. 1998” y también una firma ilegible en copia, además, sin inscripción alguna respecto de la entidad y persona que habrían impuesto tales sello y firma en el respectivo original (folio 7 del primer cuaderno)

## 2.2. Prueba pericial.

La prueba pericial fue decretada oficiosamente por el Tribunal Administrativo a quo mediante auto de junio 01 de 1999, el mismo en el cual se designaron como peritos las auxiliares de la Justicia María Mabel Polanía y Edna Carolina Triana Sánchez (folios 88 y 93 C1), quienes se posesionaron los días 16 de junio y 14 de julio de 1999, respectivamente (folios 92 y 95 C1).

El informe fue rendido el día 06 de agosto de 1999 y en el mismo estimaron el valor de la indemnización a la cual tendría derecho el actor por los conceptos de daño emergente y de lucro cesante (folios 98 a 103 del primer cuaderno).

El daño emergente fue calculado en \$ 5'246.264.00, correspondiente al valor que habría pagado el actor por concepto de gastos de legalización del contrato celebrado con el municipio de Ibagué..

Los peritos tasaron el lucro cesante en \$ 100'863.149.00, el cual correspondería a las utilidades dejadas de percibir y a los intereses remuneratorios.

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de agosto 30 de 1999, ordenó dar traslado del dictamen pericial a las partes (folio 104 del C1); la parte demandante solicitó su aclaración en el sentido de que debían precisarse los perjuicios causados a raíz de los préstamos bancarios y las arras pagadas a la firma importadora de los equipos de cómputo (folios 105 a 111 C1).

Las auxiliares de la Justicia presentaron un informe de aclaración el día 26 de noviembre de 1999, en el cual, sin esgrimir argumentación alguna, efectuaron una nueva liquidación de los perjuicios sufridos, incluyendo los montos correspondientes a los conceptos por los cuales reclamaba la parte actora (folios 112 y 114 C1).

- 
3. Documento que aparenta ser copia de una solicitud de disponibilidad presupuestal, presuntamente suscrita por la Secretaria de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Ibagué, en el cual se observa la fotocopia de un sello cuya inscripción dice “ES FIEL COPIA TOMADA DE SU ORIGINAL 3/MAR. 1998” y también una firma ilegible en copia, además, sin inscripción alguna respecto de la entidad y persona que habrían impuesto tales sello y firma en el respectivo original (folio 8 del primer cuaderno)
  4. Documento que en apariencia corresponde a una solicitud de registro presupuestal, presuntamente suscrita por el Secretario de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Ibagué, en el cual se observa la fotocopia de un sello cuya inscripción dice “ES FIEL COPIA TOMADA DE SU ORIGINAL 3/MAR. 1998” y también una firma ilegible en copia, además, sin inscripción alguna respecto de la entidad y persona que habrían impuesto tales sello y firma en el respectivo original (folio 9 del primer cuaderno)
  5. Documento que parece ser copia de un recibo de publicación del contrato 057 y su comprobante de consignación, en los cuales se observa la fotocopia de un sello cuya inscripción dice “ES FIEL COPIA TOMADA DE SU ORIGINAL 3/MAR. 1998” y también una firma ilegible en copia, además, sin inscripción alguna respecto de la entidad y persona que habrían impuesto tales sello y firma en el respectivo original (folios 10 y 11 del primer cuaderno)
  6. Copia simple de una supuesta demanda ejecutiva de mayor cuantía contra el actor, que habría sido interpuesta ante Juzgado Civil de Circuito de Ibagué en abril 20 de 1998, así como una aparente solicitud de medidas cautelares (folios 20 a 23 y 28 a 29 del primer cuaderno)
  7. Copia simple de un documento que en apariencia contiene un derecho de petición que el actor habría formulado a la Alcaldesa de Ibagué en mayo 18 de 1998 (folios 30 a 31 del tercer cuaderno).

De la complementación del dictamen se corrió traslado a las partes el día 7 de diciembre de 1999 (folio 115 C1).

### **2.3. Prueba testimonial.**

En el proceso se recibieron los testimonios de la señora Adriana Lucía Quijano Reyes, quien testificó acerca de un crédito que la cónyuge del actor tenía en la Corporación Financiera Colmena (folios 67 a 69 C1); el señor Carlos Humberto Silva Vargas, quien rindió testimonio acerca del estado de un crédito poseído por la esposa del demandante en el Banco de Occidente (folios 74 a 76 C1); el señor Gregorio Tovar Montealegre, quien testificó que en calidad de amigo le hizo un préstamo de \$ 15'000.000.00 al actor y de su incumplimiento en el pago, dada la difícil situación económica por la cual aquel atravesaba (folios 77 a 79 C1).

### **3. El criterio de la Sala respecto del contrato escrito como prueba “*ad substantiam actus*”.**

La jurisprudencia de la Sala<sup>10</sup> ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada igualmente en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento – conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993, norma que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas.

También ha sostenido esta Corporación que -en principio- no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían 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, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato.

Sin embargo, a juicio de la Sala las normas contractuales no pueden interpretarse aisladamente sino, en armonía con las de carácter procesal correspondientes – concretamente en este caso con los artículos 175 del C. de P. C., disposición en la cual se establecen los medios de prueba que pueden hacerse valer ante el juez y 187 *ibidem*, a cuyo 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 y validez de ciertos actos*”-; pues

---

<sup>10</sup> Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

bien, a la luz del principio de hermenéutica referido al efecto útil de la interpretación de la norma, el cual obliga al juez a preferir aquella interpretación que confiere efectos a una norma frente a la opción en la cual dichos efectos se desconocen o se disminuyen significativamente, hay lugar a concluir que en aquellos casos en los cuales la solemnidad se encuentra expresamente establecida en la ley sustancial para la existencia de los contratos en cuya celebración participa la Administración Pública, por regla general se tendrá la imposibilidad de probarlos a través de medios de acreditación distintos a la propia formalidad legalmente exigida.

Al respecto, la Sala se ha pronunciado en los términos que se transcriben a continuación:

*“Por lo tanto, una interpretación sistemática de las disposiciones contractuales antes transcritas y las de orden procesal contenidas en los artículos 175 y 187 del C. de P. C., conduce a concluir lo siguiente:*

*“1) La regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, pues, 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.*

*“Es más, en los casos en que se celebren contratos que recaigan sobre derechos reales con respecto a inmuebles, ese escrito o documento, además, debe tener la forma específica de escritura pública.*

*“2) Inclusive, el instrumento de carácter documental, es también requerido por la ley, en aquellos eventos en los que, por la cuantía o por la situación de urgencia manifiesta, si bien no se exige el escrito para la celebración del contrato, el legislador impone la necesidad de resolución motivada para el reconocimiento de las obligaciones a cargo de la Nación, de acuerdo con las previsiones de los incisos segundos de los artículos 18 del decreto 150 de 1976 y 26 del decreto 222 de 1983 y, autorización escrita de la entidad contratante para las situaciones de urgencia manifiesta, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la ley 80 de 1993.*

*“3) Ahora bien, a partir de la aplicación del principio de efecto útil en la interpretación normativa, la Sala entiende que el contenido de las disposiciones que consagran al escrito como requisito ad substantiam actus de formación y perfeccionamiento del contrato y, aquellas que consagran la posibilidad de probar el contrato por cualquiera de los medios de convicción permitidos por la ley, se adecuan en forma armónica a la previsión del artículo 187 del C. de P. C., bajo la siguiente interpretación:*

*“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).*

*“Todo lo anterior hace parte del entendimiento integral de las normas relacionadas con la forma, perfeccionamiento y prueba del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de que la parte contractual solicite al juez, por vía de la acción de controversias contractuales, la declaratoria de existencia del contrato cuando el negocio no se ha perfeccionado o no se ha legalizado, de conformidad con el artículo 87 del C. C. A..*

*“En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala, en sentencia de 30 de noviembre de 2000<sup>11</sup>, se pronunció sobre la posibilidad de demandar en acción de controversias contractuales, con pretensión de declaratoria de existencia del contrato, pues, el suministro de víveres se solicitaba a través de documentos como vales y formatos escritos, pero, sin perfeccionamiento ni legalización, dijo:*

*“Dado que, en algunos eventos –especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes–, puede solicitarse la declaración de existencia del respectivo negocio jurídico, en ejercicio de la acción contractual, ha expresado la Sala, adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción o la de reparación directa, debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar. Si la respuesta es*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar. En efecto, la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente”.*<sup>12</sup>

En sentencia de 6 de abril de 2000<sup>13</sup>, cuyo supuesto fáctico consistió en la suscripción de un contrato de interventoría que no se perfeccionó, consideró:

*“En la sentencia de 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, en la que se controvertía el pago de unos perjuicios derivados de **un contrato que se firmó y cuya ejecución se inició pero luego no se perfeccionó por circunstancias atribuibles a la entidad contratante (falta de la reserva presupuestal y suspensión de los trámites de legalización)**, la sala declaró la existencia del contrato tal como era la pretensión del demandante en ejercicio de la acción contractual, ya que consideró que “el incumplimiento de los deberes que tiene la administración para la culminación de todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de un contrato ya celebrado, frente a la diligencia del particular co-contratante en cumplirlos, da lugar a que la entidad pública negligente responda patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados teniendo como título jurídico de imputación lo que se conoce en la doctrina como responsabilidad precontractual de la administración pública”. Y al respecto resaltó lo dicho por la sala en la sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente 5825:*

*‘Si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podría ser sino de reparación directa. Pero interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban con la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en las propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos y omisiones de la administración’.*

*“En el caso de un contrato de mantenimiento que el contratista continuó ejecutando pese a su vencimiento y ante la prórroga de hecho, la sala encontró que se daban los elementos de la figura del enriquecimiento sin causa y por consiguiente, acreditados los presupuestos para la procedencia de la actio in rem verso como fundamento jurídico de las pretensiones del demandante, ante la alteración patrimonial por los servicios prestados sin el pago correspondiente, ya que “los contratos que hubieran podido llegar a constituirse en dicha causa no surgieron a la vida jurídica” de lo cual se derivaba la imposibilidad del demandante para ejercitar otro tipo de acción. (sentencia de 6 de septiembre de 1991, expediente 6306).*

*“En la sentencia de 29 de enero de 1998, expediente 11.099, pese a que el demandante solicitó a través de la acción contractual que se declarara la*

---

<sup>12</sup> Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11.099, actor: Sociedad OTI de Colombia Ltda. Sobre el mismo tema, sentencias del 4 de marzo de 1991, expediente 5825, actora: Sociedad Alberto Corredor y Cia. Ltda.; 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, actor Oscar Gómez España.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12775, actor: Jaime D. Bateman Duran, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

existencia de un contrato que tuvo como objeto la transmisión de unas pautas publicitarias y el cumplimiento cabal del mismo, así como el incumplimiento del ente público por el no pago del precio de los servicios y por consiguiente se condenara al pago de dicho precio, la sala desechó las tres primeras pretensiones de la demanda **'por cuanto el negocio jurídico no alcanzó existencia jurídica y por ende imposible resulta predicar cumplimiento o incumplimiento del demandante o acceder a la pretensión cuarta a título del valor del contrato tal cual fue solicitado'**. Sin embargo, accedió a la pretensión quinta del demandante, cual era el pago de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados, toda vez que en uso de las facultades interpretativas de la demanda, encontró probados los hechos que tipificaban el derecho a la indemnización de perjuicios por enriquecimiento injusto **'ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al postulado de la buena fe'**, ya que ésta había entrado en tratos preliminares con miras a la celebración del negocio jurídico y auspició que el servicio se prestara efectivamente, no obstante que el acuerdo de voluntades no cumplió con la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, lo cual configuraba la ausencia del contrato **'o en otros términos inexistencia del negocio jurídico'**.

**"Se observa también que en la sentencia de 4 de marzo de 1991 (Exp. No. 5825) se dio paso a la acción contractual, por cuanto la entidad pública tampoco había cumplido con todos los requisitos para el perfeccionamiento de un contrato ya celebrado. En dicha sentencia adicionalmente se señaló que de acuerdo a la versión del art. 87 del c.c.a. 'no es posible sostener que las controversias de naturaleza contractual no puedan tener origen sino en contratos ya perfeccionados", pues no de otra manera podría pedirse la declaratoria de la existencia o no de un contrato administrativo'**. Se señalan en ese fallo aspectos tan lógicos como que **'si se suscribe el convenio administrativo por las partes y no llega a perfeccionarse el contrato por culpa de una de ellas, no podrá hablarse propiamente de la existencia de éste, pero no es posible desconocer que en dicha hipótesis se da algo más que un simple hecho, que constituye una relación jurídico-bilateral, un auténtico convenio creador de obligaciones'**, toda vez que la responsabilidad de la administración no podría deslindarse de ese convenio que celebró.

**"De los anteriores fallos puede deducirse que la acción que se invocó en cada uno de los casos expuestos dependía de las pretensiones de la demanda, ya fuera para que el juez administrativo declarara el enriquecimiento sin causa de la entidad pública a costa de los servicios prestados por el particular, encaminada por la acción prevista en el art. 86 del c.c.a, o bien declarara la existencia o validez del contrato por la del art. 87 ibídem, o como en el caso debatido en el expediente 11.099 donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en uso de las facultades interpretativas que el juez tiene de la misma.**

**"En este orden de ideas, el criterio que ha orientado la calificación de la acción es la existencia de un contrato, así se haya frustrado su perfeccionamiento para ejecutarlo válidamente. De tal manera que aquellas actividades que realizan los particulares para la administración pública y que debieron enmarcarse en una relación contractual pero que no se hicieron, pueden orientarse por la vía de la reparación directa siempre y cuando se den los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa:**

*un enriquecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; una relación de causalidad y la ausencia de causa jurídica.*

***“En tanto que cuando el contrato existió así no se haya perfeccionado, ese acuerdo de voluntades como convenio jurídico celebrado, puede derivar responsabilidad de la administración por la vía de la acción de controversias contractuales, la cual como se sabe puede dirigirse a que se declare la existencia, nulidad o incumplimiento de un contrato, las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, su revisión y al pago de perjuicios y condenas de todo orden derivadas de la ejecución de un contrato estatal (art. 87 C.C.A)...”.*** (Negrillas adicionales).

#### **4. El asunto sometido a examen.**

Efectuado el análisis del acervo probatorio susceptible de valoración y después de examinar los diversos aspectos del litigio en estudio, la Sala precisa que la acción incoada por el demandante es la contractual, toda vez que la celebración y ejecución del alegado contrato que se habría distinguido con el número 057 de noviembre 28 de 1997, constituye el fundamento o causa de las pretensiones de la demanda.

Como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual exige como presupuesto indispensable la existencia de un contrato cuya acreditación, como resulta apenas natural, debe realizarse de manera regular y oportuna dentro del proceso, con la excepción que cabe predicar respecto de los eventos en los cuales se discuta o se pretenda la declaratoria de la existencia misma del vínculo contractual.

Ocurre que en el asunto que ha sido sometido a revisión de la Sala, varios de los documentos allegados al plenario, incluido el propio contrato 057 de 1997, se encuentran aportados al expediente en copia simple, razón por la cual carecen de

valor probatorio, según los dictados de las normas procesales que fueron analizadas y, por tanto, no pueden ser apreciados como si se tratase de los originales.

Y sucede entonces que la ausencia del escrito, en original o en copia auténtica, única prueba solemne admitida por la ley en relación con la existencia misma del contrato, resulta relevante para el caso que se estudia. Así se desprende con claridad del contenido de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la fecha en la cual aparentemente habría sido suscrito el contrato No. 057 de 1997.

En el presente caso el actor, a quien correspondía la carga de demostrar la existencia del contrato principal, no lo acreditó con documentos idóneos, omisión que imposibilita a la Sala determinar si en realidad las partes celebraron el mencionado contrato, las prestaciones convenidas, aquellas que hubieren sido ejecutadas, así como las que se hubieren dejado de ejecutar.

Ante la ausencia de prueba acerca de la existencia del contrato que debió servir de presupuesto, fuente y fundamento para el ejercicio de la correspondiente acción contractual, resulta jurídicamente imposible examinar si el municipio de Ibagué habría celebrado el contrato en cuestión; si además habría cumplido o incumplido con sus obligaciones contractuales o el término de caducidad de la

respectiva acción contractual incoada ante el Tribunal a quo, cuya providencia fue recurrida ante esta instancia.

En este caso se observa que los conceptos por los cuales el Tribunal Administrativo a quo profirió la condena carecían de soporte probatorio, razón por la cual, de acuerdo con lo analizado, el demandante no tendría derecho a que le fuera reconocida suma alguna; no obstante, toda vez que la Sala se encuentra constitucionalmente obligada a respetar el principio de la *no reformatio in pejus*, dado que únicamente apeló la parte actora, procederá entonces a dejar intacto lo decidido en la primera instancia y, con el propósito de que el valor de la condena mantenga en el tiempo su poder adquisitivo, efectuará la respectiva actualización. En este sentido se pronunció recientemente la Jurisprudencia de la Subsección:

*“Ahora, debe anotarse que si bien respecto de aquellas sumas a cuyo pago condenó el Tribunal de primera instancia no se allegaron las pruebas en debida forma por parte del contratista, por lo cual, según lo aquí examinado al respecto, el contratista no tendría derecho a que le fueran reconocidas, no es menos cierto que por respeto al principio de la no reformatio in pejus, la Sala se encuentra constitucionalmente obligada a dejar intacto lo resuelto por el a quo en ese punto y sólo procederá a efectuar la respectiva actualización de tales cifras, por cuanto con ello únicamente se pretende mantener constante el poder adquisitivo del dinero en el tiempo, sin que se modifique la sentencia recurrida por el apelante único.”<sup>14</sup>*

Concedió el Tribunal Administrativo a quo la tercera pretensión y condenó a la entidad pública demandada a pagar una suma de dinero; al respecto, el a quo dispuso lo siguiente en la parte resolutive de la providencia apelada:

*“2º Declárase que el municipio de Ibagué es administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales ocasionados al demandante con el incumplimiento del contrato en mención y, por tanto, condénasele a pagar al actor la suma de trescientos setenta y siete mil seiscientos cincuenta pesos con noventa centavos (\$377.650,90), por dicho concepto, conforme a lo explicado sobre el particular en la parte motiva de esta sentencia.”*

Como antes se mencionó, el pago ordenado por el Tribunal a quo se actualizará desde la fecha de la sentencia - tres (3) de febrero de 2000-, hasta la fecha de expedición de la presente providencia, de conformidad con el IPC del mes inmediatamente anterior, en los términos que se expresan a continuación:

$$\text{Valor presente} = \text{Valor de la condena} \times \frac{\text{IPC}_{\text{final}}}{\text{IPC}_{\text{inicial}}}$$

El valor de la condena corresponde a la suma de \$ 377.650,90

El IPC final corresponde al mes de enero de 2012 y es igual a 109,95

El IPC inicial es el de febrero de 1999 y es igual a 59,06.

$$\text{Entonces, valor presente} = \$ 377.650,90 \times \frac{109,95}{59,06}$$

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de septiembre 14 de 2011, Expediente 18.605, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Valor presente igual a \$ 703.059,88

Esta suma también deberá actualizarse a la fecha en la cual la entidad pública demandada efectúe el pago respectivo.

No se liquidarán intereses moratorios, puesto que, como lo ha dicho la Sala, en estos casos la obligación de pagar surge a cargo de la parte demandada con ocasión de la sentencia judicial

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

### **F A L L A :**

**PRIMERO: MODIFICAR** para actualizar el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el día 3 de febrero de 2000, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. En consecuencia, el ordinal segundo quedará así:

**2º Declárase** que el municipio de Ibagué es administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales ocasionados al demandante con el incumplimiento del contrato en mención y, por tanto, **condénasele** a pagar al actor la suma de setecientos tres mil cincuenta y nueve pesos con ochenta y ocho centavos (\$703.059,88), por dicho concepto, conforme a lo explicado sobre el particular en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** lo decidido por el Tribunal Administrativo del Tolima, el día 3 de febrero de 2000, en sus ordinales primero, tercero, cuarto y quinto. En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**  
**Impedido**