

CONTRATOS ESTATALES – Prueba – Existencia – Acreditación – Jurisprudencia

La jurisprudencia de la Sala 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 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de dos mil once (2011).

Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00067-01(17216)

Actor: ALBERTO ROJAS ARDILA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Señor ALBERTO ROJAS ARDILA., contra la sentencia del veintinueve (29) de julio de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso (folios 267 a 284 del cuaderno principal):

“1.- Negar las súplicas de la demanda.

“2.- En firme esta providencia archívese el expediente.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 24 de abril de 1998, el señor ALBERTO ROJAS ARDILA, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda en contra del departamento de Casanare, con el fin de que le fueran concedidas las siguientes pretensiones (folios 2 al 20 del primer cuaderno):

“PRIMERA.- Se declare la nulidad, por vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad, de las Resoluciones expedidas por el Gobernador de Casanare Nos. 01837 de Julio 21/97 que declaro (sic) la terminación unilateral del Contrato de Obra Pública No. 521/95 celebrado entre las partes, 02639 de Septiembre 29/97 que resolvió el recurso de reposición interpuesto sobre la anterior por el demandante, y la No. 03297 de Noviembre 28/97 que adoptó la liquidación unilateral del referido contrato y ordena pagar al contratista, el valor recibido por éste como anticipo del contrato; y en caso de no pago, hacer efectiva la Póliza de Seguros No. 7099227 a cargo de CONDOR S.A.- Compañía de Seguros Generales.-

“SEGUNDA.- Se restablezca el Derecho; y restablecido el mismo, se reconozcan los de mi poderdante; y se ordene al Departamento de Casanare dar cumplimiento a lo pactado entre las partes en el contrato de Obra Pública No. 521/95.

“SUBSIDIARIAMENTE: Si lo anterior no fuese posible cumplirlo; se declare resuelto el contrato, de conformidad con lo normado por el art. 1.546 del C.C., por incumplimiento del contratante; y se condene al Departamento al pago de los gastos realizados por el contratista demandante, y a los daños y perjuicios sufridos por el mismo, con ocasión del incumplimiento, con la correspondiente corrección monetaria y el pago de intereses bancarios moratorios.-

“TERCERO.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CASANARE al pago de las costas del proceso.-

“CUARTO.- Se ordene el cumplimiento de la sentencia, en los términos y de conformidad con lo normado por los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.”

Mediante escrito presentado el día 22 de mayo de 1998, el apoderado del demandante adicionó la demanda con el propósito de allegar al proceso unas pruebas documentales, las cuales fueron relacionadas en el escrito de demanda pero no fueron aportadas (folio 183 del primer cuaderno).

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, se narraron los siguientes hechos (folios 3 al 6 del primer cuaderno):

1. Que el día 15 de diciembre de 1995 se celebró el contrato de obra pública Nro. 521 de 1995 entre el departamento de Casanare y el Señor ALBERTO ROJAS ARDILA., cuyo objeto lo constituyó la construcción de la base y la sub-base granular desde el kilómetro 0-674 hasta el kilómetro 1+876 de la carretera Yopalosa-Nunchía, en el departamento de Casanare, por valor de \$ 71'164.805,00.
2. Que el departamento de Casanare, el día 15 de diciembre de 1995, celebró con la firma ESTUDIOS Y CONTRATOS – ESTUCON LTDA., el contrato Nro. 553 de 1995 para la interventoría de la construcción de la carretera Yopalosa-Nunchía.
3. Que el día 26 de enero de 1996 se suscribió el acta de iniciación de la obra, entre el contratista y el interventor.
4. Que el 29 de enero de 1996 el interventor y el contratista firmaron un acta de suspensión de la obra, en razón de que *“el Estudio de Impacto Ambiental y el Diseño de Tratamiento Superficial de la Vía se encontraba en etapa de aprobación y diseño”*.
5. Que el 12 de noviembre de 1996 *“después de haberse superado los*

obstáculos por los cuales se había ordenado la suspensión, se dispuso suscribir el acta de reiniciación de obra”.

6. Que el 4 de diciembre de 1996 se firmó la segunda acta de suspensión, con motivo de unas investigaciones que adelantaban la Contraloría y la Procuraduría Departamentales.
7. Que en diciembre 11 de 1996 la Personería Municipal de Nunchía emitió concepto favorable para la expedición de la licencia de impacto ambiental para la explotación de material de construcción en el lecho del río Tocaría.
8. Que el 19 de diciembre de 1996, la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Casanare, después de haber realizado una inspección ocular al lugar de ejecución de los trabajos contratados, constató que *“del K0 + 000 al K6 + 800 no existía base ni sub-base en triturado y lo que había sobre la vía era material del río y material pétreo sin clasificar, sobre la vía Yopalosa -Nunchía”.*
9. Que la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia - CORPORAÑOQUIA- otorgó la licencia de impacto ambiental número 0025 en enero 13 de 1997, a la explotación de materiales de construcción para el mejoramiento de la vía Yopalosa – Nunchía.
10. Que el Ministerio de Minas y Energía concedió el permiso temporal número 701111 en septiembre 26 de 1996, para la explotación de los materiales de construcción en la confluencia de los ríos Tocaría y Nunchía.
11. Que mediante Resolución número 01837 del 21 de julio de 1997, el departamento de Casanare declaró la terminación unilateral del contrato número 521 de 1995, con el argumento de que se había celebrado contra expresa prohibición legal y reglamentaria, dada la ocurrencia de las siguientes situaciones: i) la obra carecía de licencia de impacto ambiental; ii) existía una investigación del contrato por parte de la Procuraduría Departamental; iii) el contrato se celebró sin que existiesen planos y estudios previos y, iv) algunas de las obras contratadas fueron ejecutadas por la B.P. EXPLORATION COMPANY, en la vía Yopalosa – Nunchía.

12. Que la Resolución No. 01837 de 1997 fue recurrida por el contratista y, posteriormente, confirmada por la entidad a través de la Resolución No. 02639 de ese mismo año.
13. Que la entidad liquidó unilateralmente el contrato Nro. 521 de 1995, mediante la Resolución número 03297 de 1997, en la cual se ordenó al contratista reintegrar el valor del anticipo, con la corrección monetaria y los intereses civiles moratorios; adicionalmente, se le advirtió al contratista que si no devolvía el anticipo -indexado y con intereses- en un plazo de 8 días, la entidad le haría efectiva, *“en contra de CONDOR S.A. – Compañía de Seguros Generales, la póliza Única de Seguros No. 7099227”*.
14. Que, con excepción de dos contratos, el departamento dio por terminados unilateralmente todos aquellos relacionados con la pavimentación de la vía la Yopalosa – Nunchía.
15. Que el departamento de Casanare, después de adelantar un procedimiento administrativo de licitación pública y sin haber liquidado los contratos señalados en el hecho anterior, el día 15 de octubre de 1997, celebró un contrato con la firma MIKO LTDA., con el mismo objeto de los contratos terminados unilateralmente -adicionándole la pavimentación- y por un valor mucho mayor al valor de la suma de todos los contratos celebrados con anterioridad.
16. Que la Gobernación del Casanare publicó en el aviso de licitación del Boletín Único de Licitaciones de Confecámaras, correspondiente a los meses de julio/agosto de 1997 -página 47-, que el precio aproximado de la obra equivalía a la suma \$ 250'000.000,00, suma que era seis veces superior al valor del contrato adjudicado.
17. Que, de acuerdo con los estudios realizados por el departamento Administrativo de Planeación del Casanare, la vía Yopalosa – Nunchía tenía el carácter de red terciaria de poco tránsito automotor, para la cual se recomendó por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte un tratamiento de doble riego –emulsión o asfalto líquido- y no una *“carpetas de concreto asfáltico, solución ésta aconsejable para vías de alto tráfico vehicular”*.

18. Que para el día 15 de diciembre de 1995, la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Casanare tenía en su poder el diseño geométrico y los planos correspondientes a la vía Yopalosa – Nunchía.
19. Que el día 3 de mayo de 1996, el Ingeniero José María Gómez Ardila presentó ante la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Casanare el diseño estructural del tramo K0 + 000 al K3 + 800, el cual hace parte de la vía Yopalosa – Nunchía.
20. Que desde la firma del contrato número 521-95 –diciembre 15 de 1995- hasta la fecha de expedición de la Resolución número 01837 –julio 21 de 1997- había transcurrido un lapso de tiempo superior a los dieciocho meses.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Afirmó la demandante que con la expedición de los actos administrativos demandados, se vulneraron las siguientes normas legales:

- Artículo 24 numeral 7º de la Ley 80 de 1993: la entidad habría desconocido el principio de transparencia en la contratación, en tanto argumentó motivos falsos o inexistentes para la época de expedición de los actos administrativos demandados.
- Artículo 29 de la Constitución Política: la entidad demandada no cumplió con la obligación de verificar la existencia de los antecedentes en los cuales soportó los actos administrativos demandados.
- Afirmó la demandante que la entidad contratante incurrió en desviación de poder, en tanto la utilidad pública no constituyó el móvil de sus actuaciones, con las cuales habría vulnerado las siguientes normas y principios jurídicos: i) el principio de transparencia -artículo 24 numeral 8º de la Ley 80 de 1993-; ii) el principio de economía –artículo 25, numerales 3º y 7º-; iii) el principio de buena fe –artículos 83 de la Constitución Política, 1.603 del C.C., 889 y 871 del C. de Co., en concordancia con el artículo 13 de la Ley 80. Sostuvo el actor que la vulneración de estas normas legales se hizo evidente con la celebración del contrato de obra entre la Gobernación del departamento de

Casanare y la sociedad MIKO LTDA., sin que previamente se hubiere liquidado el contrato Nro. 521 de 1995, así como todos aquellos relacionados con la construcción de la vía Yopalosa – Nunchía.

- Se habría desconocido el contenido del artículo 4º de la Constitución Política, en concordancia con las prescripciones consagradas en las siguientes normas legales: i) los artículos 24 numeral 8º, 25 numeral 7º y 27 de la Ley 80 de 1993, por violación directa de la Ley; ii) el artículo 2º de la Carta Política, en concordancia con el artículo 25 numeral 4º y el artículo 26 numerales 1º y 3º de la mencionada Ley 80.

4. Actuación procesal.

El 14 de mayo de 1998, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Gobernador del departamento de Casanare y al Agente del Ministerio Público, al tiempo que dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo; en el mismo acto el Tribunal a quo reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte demandante (folio 182 del primer cuaderno).

Mediante auto de junio 4 de 1998, el Tribunal Administrativo a quo admitió la solicitud de adición de la demanda (folio 188 del primer cuaderno).

El día 4 de agosto de 1998 se notificó personalmente la demanda al Gobernador del departamento de Casanare (folio 81 del primer cuaderno).

5. Contestación de la demanda.

La Gobernación del departamento de Casanare dio respuesta oportuna a la demanda presentada por el Ingeniero ALBERTO ROJAS ARDILA., en la cual aceptó algunos de los hechos y negó otros; se opuso a las pretensiones de la

demanda y presentó las siguientes excepciones: i) “*Vicio de nulidad del contrato de obra pública No. 521/95*” y ii) “*Legalidad de los actos administrativos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de obra No. 521-95*”, cuyos argumentos se resumen a continuación (folios 194 a 196 del primer cuaderno):

5.1. Afirmó que el contrato de obra pública Nro. 521 de 1995 se encontraba afectado por la causal de nulidad consagrada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el inciso 2° del artículo 45 de la misma norma, toda vez que se celebró a pesar de haberse presentado las siguientes irregularidades: i) falta de la licencia de impacto ambiental exigida por la Ley 99 de 1993; ii) no se realizaron previamente los diseños y los planos de la obra contratada, con lo cual se vulneró la disposición contenida en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por cuanto éstos constituyen requisitos *sine qua non* para la celebración y la ejecución de las obras, y iii) los organismos de control y el representante legal de la entidad interventora verificaron el hecho de que la firma *BP Corporation* había ejecutado obras en la vía Yopalosa – Nunchía, las cuales hacían parte del objeto contratado con el Ingeniero ALBERTO ROJAS ARDILA.

5.2. Sostuvo que las Resoluciones demandadas fueron expedidas con el lleno de los requisitos legales consagrados en los artículos 25 y 44 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

El día 6 de noviembre de 1998 la parte demandante presentó un escrito por fuera del término, en el cual calificó de falso el informe fiscal rendido por el Ingeniero Luis Eduardo Rocha a la Contraloría Departamental en febrero 14 de 1997 (folios 222 a 224 del primer cuaderno).

6. Decreto de pruebas.

Mediante auto calendado el 3 de septiembre de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda, lo anterior debido a la voluntad por parte de la demandada de acogerse a las pruebas presentadas por la accionante; en el mismo acto se reconoció personería adjetiva al apoderado de la entidad demandada (folio 208 del primer cuaderno).

Por medio de auto de marzo 25 de 1999, el Tribunal Administrativo a quo, de manera oficiosa, solicitó a la entidad pública demandada copia auténtica de los siguientes documentos: i) de la licencia ambiental, ii) de la constancia de entrega de los diseños (folio 242 del primer cuaderno).

7. Audiencia de conciliación.

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de febrero 18 de 1999, señaló como fecha de audiencia de conciliación el día 16 de marzo del mismo año (folio 228 del primer cuaderno), oportunidad procesal que fracasó porque a las partes no les asistía ánimo conciliatorio (folios 232 a 233 del primer cuaderno).

8. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de mayo 20 de 1999, el Tribunal Administrativo a quo ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 244 del primer cuaderno).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta ocasión, pues si bien la actora presentó un escrito contentivo de alegatos, éste se realizó directamente por el demandante, sin la anuencia de su abogado, quien presentó renuncia, razón por la cual no fue tenido en cuenta por el Tribunal Administrativo a quo (folios 244, 245 y 273 del cuaderno principal).

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Casanare profirió sentencia -en el presente asunto- el 29 de julio de 1999 (folios 267 a 284 del cuaderno principal).

El Tribunal Administrativo a quo, encontró probado los siguientes hechos: **i)** Que

para la fecha de celebración del contrato no existía licencia de impacto ambiental, por cuanto la misma se tramitó con posterioridad a la celebración del contrato y que tampoco existían los diseños para la ejecución de la obra, lo cual se probaba con el contrato número 496 de 1995, celebrado por el departamento de Casanare con el Ingeniero José María Gómez Ardila, el cual tenía por objeto la realización de tales diseños, que habían sido entregados a la Secretaría de Obras Públicas de dicho departamento el día 3 de mayo de 1996; **ii)** Que se encontraba acreditado el hecho de que la Procuraduría Departamental había realizado una inspección técnico-fiscal al lugar de ejecución del contrato Nro. 521 de 1995, a partir de la cual arribó a la conclusión de que la multinacional petrolera B.P., había realizado diversas obras para el mejoramiento de la vía Yopalosa – Nunchía, entre las cuales se destacaba la colocación de la base granular desde el cruce de la carretera Marginal del Llano, hasta la batea que existe en el río Nunchía, es decir K.0 al K.17+720; **iii)** Que la entidad demandada celebró trece contratos para el mantenimiento de la vía, por valores que oscilaban entre 24 y 85 millones de pesos, cada uno, para cuya selección no se había efectuado el procedimiento administrativo de licitación pública y, **iv)** que la Gobernación del departamento de Casanare, con posterioridad a la terminación de los trece contratos, adelantó un procedimiento administrativo de licitación y celebró un contrato de obra pública cuyo objeto constituía la construcción de la base y de la sub-base de la vía Yopalosa – Nunchía.

El Tribunal Administrativo a quo concluyó que la terminación unilateral del contrato Nro. 521 de 1995, decretada a través de las Resoluciones números 1837, 2639 y 3297 de 1997, se encontraba ajustada a la ley, en tanto consideró que no hubo en su expedición falsa motivación, como tampoco desviación de poder, violación o inaplicación de la ley; el Tribunal se expresó en los siguientes términos:

“Lo anterior nos lleva a la convicción de que se violó el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80/93, porque estamos en presencia de un fraccionamiento de contrato, tal como se observa en el plenario, para la ejecución de la pavimentación del carretable entre el sitio de la Yopalosa y el municipio de Nunchía, que tiene una extensión aproximada de unos 18 kms., se suscribieron 13 contratos, entendiéndose que a cada uno de ellos le encomendaban la ejecución de una parte de dicha obra. Esta modalidad de contratación es violatoria del principio de la transparencia, porque precisamente se hace con el fin de eludir la licitación pública, que según el estatuto contractual es la forma apropiada para garantizar una

contratación pulquerrima; porque si bien es cierto, hoy en día el fraccionamiento no aparece como prohibición expresa en el estatuto de contratación, como ocurría en el decreto 222 de 1983, es obvio que se entiende establecida en el artículo precitado, cuando habla de la transparencia en la negociación. El anterior planteamiento queda corroborado con la licitación pública que posteriormente abrió la misma administración para la pavimentación de esa vía, como se constata en los folios 150 y ss., del cuaderno principal, con ella se dio oportunidad para que todo el que tuviera interés en contratar se hiciera presente.

“(...)

“(...) tuvo razón la administración para dar por terminado el contrato cuando encontró que uno de los objetivos ya estaba ejecutado, nos referimos claro está, para la fecha de 1995 y no para 1997, que fue cuando se dictó la resolución que es objeto de glosa en esta demanda.

“La accionante sostiene que hubo falta de motivación, porque cuando se dictó la resolución 1837 del 21 de julio de 1997, no existían los motivos que allí se aducen; eso es cierto, pero también lo es, que la administración estaba en todo su derecho y, además, en la obligación de dar por terminado un contrato que había nacido viciado.

“No compartimos el criterio de que tales vicios quedaron saneados, porque después de la celebración del contrato se suplieron algunas de las fallas que lo hacían irrealizable; para la Corporación el contrato está viciado desde su nacimiento, porque hubo fraccionamiento del mismo, argumento que aunque no se plasmó en la resolución 1837 que lo dio por terminado, lo cierto es que ello genera una nulidad absoluta que debe ser declarada de oficio; porque aunque aceptamos que hubo irregularidades en la terminación del contrato, como la de abrir una nueva licitación antes de haberse fenecido legalmente este contrato y los otros que para el mismo objeto se celebraron, para la Sala prevalece el argumento del fraccionamiento que conlleva a la nulidad mencionada, que es insaneable, al tenor de lo señalado en los arts. 1740 a 1742 del C.C., porque violó el principio de transparencia.

“(...)

“(...) el contratista no puede alegar a su favor su propia culpa, pues en el caso a estudio quedó demostrado que cuando se suscribió el contrato 521 no existían las condiciones mínimas para que éste tuviera una pronta ejecución, razón por la cual, aunque se suscribió acta de iniciación el 26 de enero de 1996, a los tres días se firmó la de suspensión; algo similar ocurrió el 12 de noviembre de 1996, pues el 4 de diciembre del mismo año, se volvió a suspender, porque el contratista era consciente que para esa fecha no estaban dadas las condiciones para iniciar los trabajos, porque la misma suerte la habían corrido los otros contratos que se firmaron con ese propósito; así las cosas, no entendemos cómo es que el accionante pretende justificar que invirtió parte del anticipo, si aún no existían diseños definidos para la obra que se iba a ejecutar.

“A contrario sensu, creemos que la administración sí ha recibido mayores perjuicios, porque hasta la fecha no se le ha reintegrado el valor del anticipo, que fue por la suma de \$ 35'582.402.50; además no se cumplió con lo estipulado en el parágrafo primero de la cláusula tercera del contrato (f,22.cd.1), como era la de presentar el plan de inversión para obtener el desembolso del anticipo, ni con el parágrafo 3 de la misma cláusula, que ordenaba manejar conjuntamente con el interventor, esos dineros; en otras palabras, no sólo se causó un daño emergente, sino también un lucro cesante desde la fecha en que se hicieron esos desembolsos.”

10. El recurso de apelación.

10.1. Inconforme con la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare, la parte demandante interpuso -en tiempo oportuno- recurso de apelación (folio 285 del cuaderno principal), el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de 19 de agosto de 1999 (folio 287 del cuaderno principal).

10.2. Esta Corporación, mediante auto de noviembre 10 de 1999, corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso de apelación (folio 291 del cuaderno principal).

10.3. En su escrito de apelación (folios 294 a 301 del cuaderno principal), la parte actora solicitó la revocatoria de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo a quo, para lo cual expuso, en síntesis, los siguientes argumentos:

Manifestó la parte recurrente que el Tribunal Administrativo a quo incurrió en una interpretación equivocada, la cual no se ajusta a los principios generales del derecho ni a los principios que informan el procedimiento para la contratación de las entidades públicas, contenido en la Ley 80 de 1993; afirmó que la sentencia de julio 29 de 1999 *“acepta la inexistencia de algunos supuestos que exige la ley para que pueda adelantarse válidamente un procedimiento de celebración de un contrato de obra pública, antecedentes que como quedara dicho le obligan al ente estatal garantizarlos precisamente para que se cumplan los principios de transparencia y selección objetiva a los cuales hace referencia la ley 80 de 1993”*; sostuvo el recurrente que tales requisitos *“NO FUERON TENIDOS EN CUENTA POR EL DEPARTAMENTO DE CASANARE Y DE MANERA EQUIVOCADA ESA RESPONSABILIDAD SE DESPLAZA EN SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS HACIA EL PARTICULAR.”*

Afirmó, en alusión al principio de responsabilidad y a los criterios de selección del contratista, contenidos en la Ley 80 de 1993, que fue la Gobernación del departamento de Casanare quien incurrió en irregularidades al seleccionar el contratista, máxime cuando el numeral 2° del artículo 26 de la mencionada ley establece la responsabilidad por parte de las autoridades o representantes de las entidades estatales de indemnizar los daños causados cuando *“hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, siendo esta última situación el caso que se presentó en el tema de controversia.”*

Argumentó el demandante en el recurso de apelación, que el acto administrativo por medio del cual la Gobernación del departamento de Casanare decretó la terminación unilateral del contrato de obra pública Nro. 521 de 1995, desconoció

las causales de terminación unilateral contenidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, conducta que constituye bien un exceso o una desviación de poder.

Declaró la parte demandante en su recurso de apelación que el Tribunal Administrativo a quo se equivocó al proferir la sentencia de primera instancia, por cuanto el contratista actuó de buena fe al presumir que la entidad pública contratante había cumplido con todas las exigencias legales.

11. Actuación en segunda instancia.

11.1. Mediante auto de diciembre 7 de 1999, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, el 29 de julio de 1999 (folio 306 del cuaderno principal).

11.2. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 28 de enero de 2000, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 308 del cuaderno principal).

11.2.1. Tanto las partes del presente proceso como el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES :

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: 1) Competencia del Consejo de Estado; 2) Las pruebas aportadas al proceso; 3) El criterio de la Sala respecto del contrato escrito como prueba *ad substantiam actus*; 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 75¹ 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 departamento de Casanare 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.”²*
(Negrilla fuera del texto)

¹ 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.”

² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

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

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

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

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”³

³ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

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

“(...)”

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 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”. (Negritas 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 Administrativo⁴ 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 filosofía⁵ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.⁶, 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

⁴ 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.”*

⁵ 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.

⁶ 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.”*

que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

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

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

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

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

5.1. Documentos aportados en fotocopias tomadas de copias.

La Sala encuentra que la prueba para demostrar la existencia de los actos administrativos demandados en el asunto de la referencia fue aportada en copia simple. Dado que, en principio, la fotocopia de una copia no es más que una copia simple, se requiere, entonces, examinar cada una de las aportadas al proceso, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad pretendido. De esta forma, se relacionan a continuación los documentos aportados en fotocopias tomadas de sus copias:

Entre las pruebas allegadas al plenario, para fundamentar los hechos y las pretensiones formuladas, se encuentra la **copia de copia** de aquellos documentos que en apariencia corresponderían a los que dicen denominarse como se indica a continuación, en los cuales se aprecia un sello que contiene la siguiente inscripción:

“AUTENTICACION

“Es fiel fotocopia tomada de una copia que reposa en el archivo de la GOBERNACION”

“Firma [ilegible] Fecha 30 MAR 1998”

- Resolución número 70111 que habría sido expedida por el Ministerio de Minas y Energía el 26 de septiembre de 1996, por medio de la cual se habría concedido autorización a los Ingenieros Alberto Rojas Ardila, Edson

Eduardo Ardila, José María Gómez Ardila y a la sociedad Sinelca Ltda. Ingenieros y Arquitectos Asociados, para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción, sobre una extensión superficial de 15 hectáreas y 9.230 metros cuadrados, localizado en jurisdicción del municipio de Nunchía, departamento de Casanare (folios 251 A 252 del primer cuaderno).

- Oficio de septiembre 27 de 1996, en el cual la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía habría ordenado que la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Casanare publicara, en un periódico de amplia circulación del mismo departamento, un extracto de la solicitud de licencia ambiental para la ejecución de los trabajos en la vía (folios 249 a 250 del primer cuaderno).
- Informe de la Inspección Ocular Técnico Fiscal que habría efectuado la Contraloría Departamental a la Carretera Yopalosa – Nunchía, los días 19, 23 y 26 de diciembre de 1996, dentro de la investigación preliminar, como parte del proceso de responsabilidad fiscal No. 229/96 (folios 52 a 69 del primer cuaderno).
- Resolución Nro. 01661 de julio 4 de 1997, por medio de la cual el departamento de Casanare habría ordenado la apertura de la licitación Nro. 007 de 1997, cuyo objeto habría sido adelantar obras de mejoramiento y pavimentación de la vía Yopalosa – Nunchía (folios 150 a 151 del cuaderno principal).
- Resolución Nro. 01709 de julio 8 de 1997, mediante la cual el departamento de Casanare habría modificado las Resoluciones Nros. 1658, 1659, 1660, 1661, 1665, 1666 y 1667 de 1997, con el fin de efectuar algunas aclaraciones (folios 152 a 154 del cuaderno principal.)
- Resolución número 01837 del 21 de julio de 1997, por medio de la cual el Gobernador del departamento de Casanare habría terminado unilateralmente el contrato número 521 de 1995; en el presunto acto, la Gobernación habría argumentado que el contrato había sido celebrado contra expresa prohibición legal (folios 27 al 30 del primer cuaderno)

- Resolución número 02639 de septiembre 29 1997, por medio de la cual la demandada habría resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 01837 de julio 21 de 1997 y se habría confirmado lo decidido en esta última Resolución (folios 35 a 38 del primer cuaderno)
- Resolución número 03297 del 28 de noviembre de 1997, por la cual la entidad habría liquidado unilateralmente el contrato 521 de 1995 (folios 39 a 42 del primer cuaderno).

Como antes se mencionó, los documentos relacionados se aportaron al proceso por el demandante en fotocopias tomadas de otras copias, las cuales no son más que copias simples; adicionalmente, si bien a los documentos les fue impuesto un sello de supuesta *autenticidad*, aparentemente expedido por una Gobernación –sin identificar siquiera si se refería a la Gobernación de Casanare-, la Sala no puede concluir que se trata de documentos auténticos, pues para llegar a tal apreciación no debe existir duda alguna de que esos medios de prueba – tratándose de documentos- provienen realmente de dicha entidad, esto es si los expidió uno de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones o si éste intervino en su producción como ocurre en aquellos casos, a manera ilustrativa, en los cuales el juez en ejercicio de sus facultades de instrucción procesal requiere a un determinado funcionario público para que remita al proceso algún instrumento que, por razón de sus funciones, debe tener en su poder y, en virtud de tal requerimiento, el funcionario lo suministra, constancia de lo cual debe quedar en el expediente, sin permitir confusión alguna acerca del carácter de público y, por tanto, la naturaleza de auténtico que le ha de corresponder.

Pues bien, resulta que en el presente caso no se cumplen tales exigencias, toda vez que, además de que no fueron aportados por la entidad pública demandada, no se tiene certeza dentro del expediente acerca de la persona que habría expedido las copias de tales documentos y menos del cargo o de las funciones que desempeñaría al interior de la entidad oficial en cuyo nombre dice actuar, como tampoco es posible establecer si la reproducción de los mismos se efectuó con la finalidad, o no, de que se aportaran a este proceso con fines probatorios, pues aunque se citan en la demanda como anexos de la misma, lo cierto es que tal hecho, por sí solo, no permite concluir -con la fuerza de convicción necesaria-

que su expedición se hubiere llevado a cabo por parte de un funcionario de la entidad en ejercicio de sus funciones o con intervención del mismo.

2.2. Copias simples.

Al proceso se allegaron varios documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio⁷.

Importa reiterar que el documento que supuestamente contendría el contrato 521 de 1995, así como los que aparentemente corresponderían a los soportes del mismo contrato y de los actos administrativos demandados, que al parecer habrían suscrito las partes, no fueron aportados en fotocopia autenticada o autorizada por la entidad pública, luego, la Sala no puede concederles valor probatorio alguno.

⁷ Los siguientes documentos fueron aportados al proceso en copia simple:

- Documento que aparenta contener el contrato de obra pública Nro. 521 de diciembre 15 de 1995, que habrían suscrito el Gobernador del departamento de Casanare (E), Jairo Bossuet Pérez Barrera, y el Ingeniero Alberto Rojas Ardila, cuyo objeto habría sido la *“construcción de la base y sub-base del K0+674 al K1+876 vía Yopalosa - Nunchía en el Departamento de Casanare* (folios 21 a 26 del primer cuaderno).
- Documento que en apariencia contiene el oficio DCIO 792, expedido por la Jefe de la División de Coordinación e Interventoría de la Gobernación del departamento de Casanare, en el cual le habría solicitado al Interventor del S.O.P.T., suspender las obras que se adelantaban en la vía Yopalosa – Nunchía (folio 43 del primer cuaderno).
- Documento supuestamente suscrito por el Ingeniero Alfonso Leonardo Mesa (supervisor S.O.P.T), el día 4 de diciembre de 1996, en el cual le habría solicitado a la representante legal de Estucón Ltda., la suspensión de los contratos de obra que se adelantaran en la vía Yopalosa – Nunchía (folio 44 del primer cuaderno).
- Documento que presuntamente contiene el oficio PM-008 de diciembre 11 de 1996, por medio del cual el Personero del municipio de Nunchía le habría rendido un informe a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía, sobre los alcances de la extracción de material de construcción del río Tocaría (folios 46 a 47 del primer cuaderno).
- Documento que aparenta contener el contrato Nro. 0864 de 1997, suscrito entre Miguel Ángel Pérez Suárez y el departamento de Casanare (folios 155 a 161 del primer cuaderno).
- Documentos que en apariencia contienen las Resoluciones Nros. 01836, 01838 y 01848, mediante las cuales la Gobernación del departamento de Casanare habría dado por terminados los contratos de obra Nros. 496, 535 y 502 de 1995 (folios 167 a 178 del primer cuaderno).

2.3. 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:

- Original, con sello de recibido de la Oficina Jurídica del departamento de Casanare, del escrito contentivo del recurso de reposición interpuesto por el demandante en contra de la Resolución que habría terminado unilateralmente el supuesto contrato 521 de 1995 (folios 31 a 34 del primer cuaderno).
- Originales de comprobantes de egresos y de un contrato de suministro de materiales, con los cuales el actor pretende acreditar los gastos en los cuales habría incurrido para la ejecución del contrato número 521 de 1995 (folios 162 a 166 del primer cuaderno).
- Original de un oficio fechado en diciembre 4 de 1996, por medio del cual la Ingeniera Doris Castro Gutiérrez le solicitó al Ingeniero Alberto Rojas Ardila acercarse a las oficinas de la interventoría con el fin de suscribir un acta de suspensión del contrato (folio 45 del primer cuaderno).
- Copia auténtica de los planos PDAVIA 01, PDAVIA 02 y PDAVIA 03, correspondientes a los diseños geométricos de la vía Yopalosa-Nunchía, elaborados por la sociedad B.P.X. COMPANY (folios 184 a 186 del primer cuaderno).
- Copia auténtica, tomada de una fotocopia auténtica, de la Resolución con fecha y número ilegibles, por medio de la cual la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia -Corporinoquia- otorgó la licencia ambiental a la Gobernación de Casanare para la explotación y beneficio de material de arrastre del lecho del Río Tocaría para el estudio de tránsito y diseño

estructural del pavimento de la vía Yopalosa - Nunchía (folios 1 a 3 del tercer cuaderno).

- Copia auténtica del estudio de tránsito y diseño estructural del pavimento de la vía Yopalosa – Nunchía., elaborado por la sociedad Construcción, Consultoría e Interventoría, el día 5 de marzo de 1996 (folios 6 a 41 del tercer cuaderno)
- Copia auténtica del *diseño de tratamiento superficial tipo doble riego con emulsión Shell CRR-* de la vía Yopalosa – Nunchía, elaborado por la sociedad Shell de Colombia S.A., por solicitud del Ingeniero José María Gómez Ardila (folios 42 a 54 del tercer cuaderno).

2.4. Prueba testimonial.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso -comisionado por el Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de noviembre 5 de 1998-, recibió el testimonio del señor Alfonso Naranjo Mesa, quien se desempeñó como supervisor de las obras realizadas en la vía Yopalosa - Nunchía (folios 66 a 68 del segundo cuaderno), en la cual afirmó:

“[L]os contratos estuvieron suspendidos, hasta tanto llegaron las respectivas licencias, una vez me llegó la copia del derecho de explotación de materiales en el Río Tocaría me permití oficiar a la firma interventora para que realizara las actas de reiniciación de dichos contratos y por ende la reiniciación física de los mismos, en este momento apareció una orden, de la Gobernación a través de la doctora RUTH EMILSE CLAVIJO MUNEVAR que era en su momento mi jefe inmediato para que suspendiera la obra nuevamente según una investigación que adelanta la Contraloría Departamental de Casanare.”

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

La jurisprudencia de la Sala⁸ 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 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad 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 normas procesales 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

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

187 ibídem, 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 bien, a la luz del principio de hermeneútica 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 2000⁹, 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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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 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”.¹⁰ (negrillas adicionales).

En sentencia de 6 de abril de 2000¹¹, 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:*

¹⁰ 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12775, actor: Jaime D. Bateman Duran, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

'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 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 dió 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)...”. (Negritas adicionales).”

4. El asunto sometido a examen.

Como ya se indicó, la controversia sometida a conocimiento de la Sala está encaminada a obtener que se declare la nulidad, por vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad, de las siguientes Resoluciones, las cuales habrían sido expedidas por el Gobernador de Casanare: número 01837 de Julio 21/97 –por la cual se habría declarado la terminación unilateral del contrato de obra Pública No. 521/95 que se habría celebrado entre las partes-; número 02639 de septiembre 29 de 1997 –a través de la cual se habría resuelto el recurso de reposición interpuesto en relación con la anterior resolución, por parte de la demandante- y la número 03297 de Noviembre 28/97 –por cuyo conducto se habría adoptado la liquidación unilateral del referido contrato-; además se perseguía la obtención del restablecimiento del derecho, supuestamente lesionado.

Efectuado el examen 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 521 de 1995, 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, los documentos allegados al plenario, correspondientes tanto a los antecedentes, como al propio contrato 521 de 1995 e incluso a los propios actos administrativos demandados, 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. 521 de 1995.

En el presente caso el actor, a quien correspondía la carga de demostrar la existencia del contrato principal, de sus antecedentes y de los propios actos administrativos contractuales demandados, no los acreditó con documentos idóneos, omisión que imposibilita a la Sala determinar si en realidad las partes celebraron el mencionado contrato, las prestaciones convenidas, aquellas ejecutadas y menos las decisiones adoptadas cuyo examen de legalidad resulta indispensable para definir la nulidad que se deprecó respecto de las mismas.

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 departamento de Casanare habría celebrado el contrato en cuestión; si además habría cumplido o incumplido con sus obligaciones contractuales; el término de caducidad de la respectiva acción contractual incoada ante el Tribunal a quo, cuya providencia fue recurrida ante esta instancia, o la

procedencia, o no, de anular los actos administrativos contractuales demandados, por medio de los cuales se habría declarado tanto la terminación unilateral del contrato como su liquidación.

Ahora bien, como resulta imposible adelantar este tipo de análisis debido a la carencia de las pruebas referidas, la Sala confirmará la sentencia impugnada, con fundamento en las razones expuestas y denegará las pretensiones de la demanda.

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 :

CONFIRMAR la Sentencia del veintinueve (29) de julio de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

MAURICIO FAJARDO GOMEZ