

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Solemnidad de los contratos estatales

De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil. En atención a lo anterior, la clase predominante y general de los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato. No obstante lo anterior, en el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son contratos solemnes, según lo reflejan los textos de sus artículos 39 y 41.

CONTRATOS ESTATALES - Solmenes / MODIFICACION - Sujeta a solemnidades

De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.

CONTRATO ESTATAL - Efecto vinculante del acta de liquidación bilateral del contrato

El Consejo de Estado ha desarrollado en numerosas oportunidades, en una posición pacífica, uniforme y estable, respecto de la improcedencia absoluta de las reclamaciones judiciales que se encaminan a obtener reconocimientos por la ejecución de prestaciones emanadas de un contrato, cuando quiera que el mismo ya ha sido liquidado de manera bilateral y dentro del cuerpo de tal liquidación no se ha dejado constancia, salvedad o inconformidad alguna acerca de la falta de reconocimiento o pago que el contratista reclama, ni se presenten causales que afecten la eficacia, la existencia o la validez del respectivo acuerdo liquidatorio. El contrato 247 - 95 en su cláusula décima séptima precisó, en el mismo sentido de la norma legal, que la liquidación del contrato tendría lugar una vez cumplidas las obligaciones surgidas del contrato y que en el acta correspondiente se harían constar “las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por EL CONTRATISTA y las cantidades de obra ejecutadas por él”.

CONTRATO ESTATAL - Acta de liquidación bilateral. Negocio Jurídico

El acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es “un acto de autonomía privada jurídicamente relevante”, en virtud de la cual las partes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato. Tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene efecto vinculante para quienes concurren a su celebración, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de los efectos del acta de liquidación bilateral de los contratos estatales, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de abril 10 de 1997, exp. 10.608. M.P. Daniel Suarez Hernández; de marzo 9 de 1998, exp. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque; de 9 de marzo de 1998, exp. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque; de 16 Febrero de 2001, exp. 11689, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, entre muchas otras.

ACTO PROPIO - Principio de la buena fe. Venire contra factum proprium non valet

Finalmente, la Sala anota que el demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla “venire contra factum proprium non valet”, derivada del principio de la buena fe, el cual encuentra consagración positiva expresa tanto constitucional como legalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el demandante suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin manifestar que había realizado una obra que se hallaba pendiente de pago y más adelante pretendió el pago correspondiente mediante la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” y la posterior reclamación judicial. Este comportamiento de la sociedad Tracto Casanare Ltda. constituye una vulneración de la regla referida, en tanto que se encuentra en abierta contradicción entre lo que se hace y lo que se dice en el acta de liquidación referida y lo que se hace y se dice en sus actuaciones ulteriores. En atención a lo expuesto, la Sala tiene claro que las pretensiones correspondientes no están llamadas a prosperar.

NOTA DE RELATORIA: Frente al principio de la buena fe y el principio Venire contra factum proprium non valet, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 16.041. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONTRATO ESTATAL - Inexistencia / CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento

De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por la Sala, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio,

por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción “cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia.”

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la inexistencia del contrato estatal y su perfeccionamiento, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 16.106.

ADICION DE CONTRATO ESTATAL - Nulidad por causa ilícita

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, la Sala considera que de haber llegado a tener existencia la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil. En atención a lo anterior, la Sala concluye que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Fuente de obligaciones / PARTICIPACION DEL CONTRATISTA - Actuación irregular

La Sala considera necesario explicar que tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, en el presente caso concreto, puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales. En el sub judice se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal. En efecto, está probado en el plenario, de acuerdo con las declaraciones del representante legal de la misma compañía demandante, que Tracto Casanare Ltda. realizó en febrero de 1996 unas obras adicionales a las originariamente acordadas, sin que hubiere un contrato o un documento de adición que le sirviera de fundamento; que Tracto Casanare Ltda., suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin salvedades o constancias, no obstante que para ese entonces había hecho unas obras adicionales, las cuales no le habían sido reconocidas ni pagadas en virtud del referido documento; que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, fue suscrita por las dos partes, Departamento de Casanare y Tracto Casanare Ltda., a sabiendas de que no había ninguna obra adicional o nueva para ejecutar, sino que se trataba de utilizar ese instrumento jurídico para “legalizar” una situación irregular ya cumplida.

RESTITUCIONES MUTUAS - Improcedencia

La Sala no reconocerá suma adicional alguna al contratista puesto que no se acreditó que hubiere habido obra adicional alguna a las contenidas en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 y no se dejó reserva, salvedad o constancia sobre el particular dentro del texto de la misma. Tampoco procederá la restitución a favor del Departamento de Casanare respecto de la suma que pagó a título de anticipo por la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95", en tanto que, en virtud del principio de la no reformatio in pejus, no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir, de la sociedad Tracto Casanare Ltda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJRADO GOMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

Actor: TRACTO CASANARE LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sección Tercera del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia dictada el 9 de julio de 1998 por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se resolvió, principalmente, "*[D]eclarar nulo el contrato adicional de obra pública distinguido con el No. 247-95, suscrito el 29 de abril de 1996 en Yopal, entre la Gobernación de Casanare y la sociedad comercial Tracto Casanare Ltda.*"

ANTECEDENTES

1. Demanda.

El 14 de mayo de 1997, Tracto Casanare Ltda., sociedad comercial y de naturaleza privada, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del Departamento de

Casanare, de conformidad con los hechos y pretensiones que a continuación se relacionan.¹

1.1. Hechos.

La Sala transcribirá en su totalidad los que fueron registrados como tales en la demanda, así:

1. *“El Departamento de Casanare celebró y feneció con la solicitante sociedad TRACTO LTDA, el contrato de obra pública No. 247 - 95, de fecha 13 de octubre de 1995 para ejecutar por el sistema de precios unitarios al (sic) diseño y construcción del puente sobre el caño Aguazulero y carretable vereda Valle Verde Municipio de Aguazul (Casanare) según los ITEMS descritos y determinados en el contrato.”*
2. *El referido contrato fue liquidado definitivamente con fecha 28 de febrero de 1996 sin que hubiese existido polémica al respecto.*
3. *Como la administración Departamental considerada (sic) que aún era necesario la complementación del trabajo de obra pública autorizó al contratista TRACTO CASANARE LTDA para que lo efectuara como evidentemente lo hiciera por valor de \$23'248.394,88 consistente en conformación de terraplén, excavación y préstamo acarreo.*
4. *La Administración Departamental con el fin anotado en el hecho anterior celebró y perfeccionó un contrato adicional de obra pública con fecha el 29 de abril de 1996 que llevó el mismo número anterior o sea 247-95, con base en el cual le fue cancelado el anticipo por valor de \$ 11'624.197,44 y dio cumplimiento al objeto contratado.*
5. *Finalizada la obra el interventor Ingeniero ALFONSO NARANJO MESA se negó a recibirla argumentando que la relación contractual realizada como adicional no era la indicada por cuanto el contrato principal ya se encontraba liquidado y por lo tanto no procedía el adicional, razón por la cual se encuentra pendiente la liquidación de este último contrato y por ende no se me (sic) ha cancelado el saldo correspondiente al 50% o sea \$11'624.197,44, junto con sus intereses para procurar el equilibrio económico que ha venido afectando a mi poderdante.*
6. *En resumen señores Magistrados la sociedad contratista cumplió debidamente sus obligaciones contractuales ejecutando la obra correspondiente mientras que la administración incumplió por su parte el contrato al no pagarle el valor acordado, adeudándole el valor descrito en el hecho anterior el cual debe ser pagado debidamente junto con sus intereses y corrección monetaria para efecto de guardar el debido equilibrio financiero del contrato.”*

1.2. Pretensiones.

¹ Folios 2 – 6, Cuaderno 1

Con fundamento en lo anterior, el actor pidió:

“PRIMERA. Declarar que el Departamento de Casanare ha incumplido el contrato de obra pública No. 247-95 de fecha 29 de Abril de 1996 suscrito con la sociedad demandante TRACTO CASANARE LTDA.

SEGUNDA. Como consecuencia de la declaración anterior condenar al Departamento de Casanare a pagar a la sociedad demandante TRACTO CASANARE LTDA o a quien sus derechos represente la suma de \$11'624.197,44 desde el 29 de mayo de 1996, junto con sus intereses históricos o legales.

TERCERA. Disponer que la suma de dinero antes mencionada se actualice desde su fecha histórica conforme a la pérdida adquisitiva de la moneda, de acuerdo a los intereses de precios al consumidor o al por mayor. Así mismo que devengue intereses comerciales y de mora como lo establece el artículo 177 del C.C.A. y debe pagarse conforme al artículo 176 de la misma obra.”

2. Admisión de la demanda.

El 23 de mayo de 1997, el Tribunal Administrativo de Casanare profirió el auto admisorio de la demanda², el cual fue notificado a la entidad demandada el día 29 de los mismos mes y año³.

3. Contestación de la demanda.

El 11 de junio de 1997, el Departamento de Casanare, por medio de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda⁴.

En relación con los hechos comprendidos en la misma manifestó que algunos de ellos eran ciertos y respecto de los demás afirmó que se atecía a lo que se probara. Acerca de las pretensiones dijo que debían desestimarse *“en razón de que el contrato ya había sido liquidado definitivamente, es decir archivado, para el tiempo en que según la actora inició las labores adicionales reclamadas”*.

A título de excepciones de mérito propuso las siguientes:

² Folio 25, Cuaderno 1

³ Folio 27, Cuaderno 1

⁴ Folios 38 – 42, Cuaderno 1

- Que el Contrato No. 247-95 se encontraba liquidado, puesto que el 28 de febrero de 1996 se firmó la correspondiente *“acta de recibo y liquidación final”*, sin que se hubieran dejado constancias u observaciones sobre supuestos incumplimientos; en consecuencia, no puede hablarse de incumplimiento de contrato;
- Que la acción de controversias contractuales no era la adecuada para este caso, dado que, como se dijo en el punto anterior el contrato estaba liquidado; la acción procedente era la de *“reparación directa por enriquecimiento ilícito de una parte (el Departamento) con el consecuente empobrecimiento del otro (Tracto Casanare Limitada)”*;
- Que quienes estaban obligados a responder por las supuestas obras adicionales, adelantadas con posterioridad a la liquidación del contrato, eran los funcionarios que habían ordenado su ejecución, a saber: el Gobernador (E) y el Secretario de Obras Públicas que suscribieron el contrato adicional;

4. Llamamiento en garantía.

El 11 de junio de 1997, el Departamento de Casanare llamó en garantía⁵ a Jairo Bossuet Pérez Barrera y a Carlos Alirio Espitia Cárdenas, quienes suscribieron el contrato adicional, respectivamente, en condición de Gobernador (E) y de Secretario de Obras Públicas.

4.1. Argumentos del llamamiento en garantía.

Los argumentos que en esta materia expuso de la entidad demandada fueron los siguientes:

“7. Los funcionarios llamados en garantía al parecer ordenaron, estando el contrato No. 247-95 liquidado definitivamente, efectuar obras adicionales que requerirían al tenor de la Ley 80 de 1993, un procedimiento previo contractual que condujera a la celebración de un nuevo contrato, puesto que al finalizado, por sustracción de material (sic), no se le podían hacer modificaciones.

8. El señor Secretario de Obras Públicas Carlos Alirio Espitia Cárdenas como el señor Gobernador de Casanare (E) Dr. Jairo Bossuet Pérez Barrera

⁵ Folios 54 – 58, Cuaderno 1

solicitaron en fecha abril 16 de 1996, al Secretario General de la Gobernación Juan Mojica Escobar, la elaboración del contrato por mayores cantidades de obra ejecutadas dentro del contrato No. 247-95, tal cual se desprende del anexo que aportamos.

9. A su vez el señor Gobernador de Casanare (E) Dr. Jairo Bossuet Pérez Barrera, suscribió el adicional en fecha 29 de abril de 1996, con Tracto Casanare Limitada, por \$23'248.394.88, siendo que el contrato principal se encontraba liquidado definitivamente desde febrero 28 de 1996 según se ve en el anexo que aportamos.

10. Estos hechos, en particular desarchivar un contrato finalizado para modificarlo agregando obras adicionales, viola la Ley 80 de 1993, y llevó a que por observación oportuna de un funcionario no se pagara el excedente del adicional, precipitándose esta demanda en contra del Departamento.”

4.2. Admisión y notificación del llamamiento en garantía.

El día 11 de julio de 1997, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió el llamamiento en garantía⁶, el cual fue notificado personalmente a los llamados el 14 de agosto de 1997⁷.

4.3. Contestación del llamamiento en garantía.

4.3.1. Carlos Alirio Espitia Cárdenas

Por intermedio de apoderado judicial, reconoció como ciertos algunos hechos, negó la veracidad de otros y respecto de los restantes dijo que no le constaban⁸.

Entre otros argumentos, se pueden observar los siguientes: precisó que el contratista obró de mala fe ejecutando obras que iban más allá de lo dispuesto en el contrato originario y que fue respecto de tales obras que pidió la celebración de un contrato adicional, es decir, las obras de las que da cuenta el contrato adicional fueron hechas con anterioridad a la firma del mismo y no con posterioridad; afirmó que no conocía de la firma del acta de liquidación del contrato originario y que fue con base en esa ignorancia que solicitó la adición del contrato; dijo que no era ordenador del gasto y que actuó de buena fe *“dándole credibilidad al interventor de la obra quien es responsable de permitirle al contratista ejecutar las obras adicionales sin autorización del Departamento.”*

A título de excepciones de mérito, propuso las siguientes:

⁶ Folios 81 – 82, Cuaderno 1

⁷ Folios 83 – 84, Cuaderno 1

⁸ Folios 87 – 91, Cuaderno 1

“FALTA DE DERECHO PARA LLAMAR EN GARANTÍA, el art. 90 de la C.N., norma fundamental para el llamamiento en garantía en materia administrativa establece en el inciso segundo que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa, de un agente suyo aquel deberá repetir, requisito que no se ha satisfecho pues no existe prueba ni siquiera sumaria que demuestre que mi mandante acto (sic) en uno o en otro sentido...

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE MI MANDANTE. Como se dijo mi mandante no es el ordenador del gasto, tampoco ejerció la interventoría del contrato principal, solamente se limitó de buena fe a solicitar la elaboración del contrato adicional con el convencimiento de que el contrato principal no estaba liquidado, como se procede en los casos en que se presenta la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra en un contrato, por lo tanto la presunta responsabilidad de mi cliente es inexistente.

4.3.2. Jairo Bossuet Pérez Barrera

En su condición de abogado, obró en nombre propio y reconoció como ciertos algunos hechos, negó la veracidad de otros y respecto de los restantes dijo que no le constaban.⁹

En términos generales, señaló que el contrato 247 de 1996, objeto de la demanda, era un contrato independiente del primero, contrato 247 de 1995 y que fue denominado como adicional simplemente por un error. En efecto, el contrato 247 de 1995 tenía vigencia fiscal de ese año, mientras que el segundo la tenía de 1996. Además indicó, en relación con el contrato 247 de 1996:

“Puesto que era un contrato de cuantía inferior la administración elaboró unos términos de referencia, invitando a participar a unas empresas, de la cual salió seleccionada la empresa TRACTO CASANARE LTDA. con su respectiva propuesta y por ser esta la empresa que estaban ejecutando una parte inicial de la obra.

La administración por su parte certificó disponibilidad presupuestal e inscripción del proyecto en el banco de proyectos, como constan en los documentos que la parte demandada aporta al proceso. Efectuó la respectiva calificación de la propuesta y ordenó la elaboración del contrato, con la desfortuna (sic) que la oficina jurídica le dio trámite de contrato adicional, pero que debe interpretarse como un contrato independiente.

El señor interventor oficial y la administración permitieron la realización de la obra, la cual se culminó, pero debido al constante cambio de dirección administrativa no se liquidó y se plantearon trabas en su pago.”

⁹ Folios 94 – 97, Cuaderno 1

Finalmente señaló que hubo buena fe de parte de los funcionarios involucrados y que la obra fue ejecutada por el contratista, lo cual significó un beneficio para la comunidad.

5. Apertura del período probatorio. Audiencia de Conciliación.

El 12 de septiembre de 1997 se profirió, por parte del *a quo*, el auto de apertura a pruebas del proceso¹⁰.

El 26 de marzo de 1998 se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por parte del Tribunal Administrativo de Casanare¹¹.

6. Alegatos de conclusión.

El 2 de abril de 1998 se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para lo de su cargo¹². El auto correspondiente fue recurrido por parte de la sociedad demandante con el propósito de que se practicara la prueba de inspección judicial con intervención de peritos en el lugar donde supuestamente tuvo lugar la realización de la obra¹³, pero la petición referida no fue atendida por el *a quo*, el cual, mediante auto del 7 de mayo de 1998¹⁴, confirmó la providencia.

6.1. Sociedad Tracto Casanare Ltda.

La compañía demandante presentó los alegatos correspondientes, los cuales estuvieron dirigidos a afirmar, especialmente, que el contrato 247 de 1996 había sido debidamente celebrado y ejecutado y que el único error cometido había sido el de denominarlo contrato adicional, cuanto en realidad era un contrato independiente del celebrado en 1995. Concluyó que no se podía sacrificar el fondo por la forma y, por consiguiente, se debía condenar a la entidad demandada a pagar el 50% faltante del contrato 247 de 1996¹⁵.

6.2. Carlos Alirio Espitia Cárdenas.

¹⁰ Folios 98 – 100, Cuaderno 1

¹¹ Folios 117 – 119, Cuaderno 1

¹² Folio 120, Cuaderno 1

¹³ Folio 121, Cuaderno 1

¹⁴ Folios 127 – 128, Cuaderno 1

¹⁵ Folios 129 – 131, Cuaderno 1

El llamado en garantía reiteró que en su condición de Secretario de Obras del Departamento de Casanare firmó la solicitud de celebración del contrato adicional con sujeción a la buena fe puesto que el interventor de la obra, quien era la persona que conocía del tema, se lo solicitó. Dijo también que de haber sabido que el contrato ya había sido liquidado, no habría presentado tal solicitud y que este error se debía imputar a la Oficina Jurídica del Departamento, la cual, a pesar de conocer de la liquidación del contrato anterior, hizo bajo el nombre de contrato adicional el contrato 247 de 1996¹⁶.

7. Sentencia impugnada.

El 9 de julio de 1998, el Tribunal Administrativo de Casanare profirió la sentencia objeto de impugnación¹⁷, en la cual se decidió:

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de acción indebida.

SEGUNDO: Declarar nulo el contrato adicional de obra pública distinguido con el No. 247-95, suscrito el 29 de abril de 1996 en Yopal, entre la Gobernación de Casanare y la sociedad comercial Tracto Casanare Ltda.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la suscripción de dicho contrato. Se harán las compensaciones a que haya lugar.

CUARTO: Expídanse copias de la demanda, de los contratos que obran a los folios 12 y ss. y 20 y ss. del cuaderno principal y de esta sentencia, con destino al Coordinador de Fiscalías de esta localidad e igualmente, al Procurador Departamental, para que si lo consideran pertinente inicien las investigaciones de rigor.

QUINTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado.”

Los principales argumentos que sirvieron de base para el fallo estuvieron referidos a:

- que el contrato 247 de 1996, en su condición de contrato adicional del contrato 247 de 1995, es nulo, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, porque la liquidación de este último impedía que se le hicieran adiciones;

¹⁶ Folios 132 – 134, Cuaderno 1

¹⁷ Folios 135 – 147, Cuaderno 1

- que si de lo que se trataba era de hacer un nuevo contrato de menor cuantía ha debido seguirse el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, cuestión que no se hizo;
- que en el contrato adicional 247 de 1996 no se *“estipularon cuáles eran las obras adicionales que se iban a realizar, simple y llanamente se dijo que lo que se modificaba era el precio y el plazo para la entrega de la obra ...”*;
- que ante la declaratoria de nulidad del contrato deberían proceder las compensaciones mutuas, pero que en el caso concreto no es posible decidir en tal sentido porque no había prueba en el plenario de la construcción de obras adicionales u obras nuevas que pudieran beneficiar a la administración departamental;
- que, habida cuenta de que en la celebración del contrato *“hubo una serie de irregularidades que pueden comprometer la responsabilidad penal o disciplinaria de los funcionarios”*, se expedirían copias para que los organismos correspondientes iniciaran las investigaciones de rigor;
- que, finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, no se generaba obligación alguna a cargo de la sociedad Tracto Casanare Ltda., ni del Departamento de Casanare.

8. Recurso de apelación.

El recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante¹⁸, concedido por el *a quo*¹⁹ y admitido por el Consejo de Estado²⁰.

El apelante manifestó en la sustentación del recurso²¹:

“Persigo con esta impugnación que la Honorable Corporación revoque íntegramente la Sentencia recurrida y en su lugar acceda a las pretensiones constitutivas del petitum demandatorio.

¹⁸ Folio 151, Cuaderno 1

¹⁹ Folio 153, Cuaderno 1

²⁰ Folio 164, Cuaderno 1

²¹ Folios 160 – 162, Cuaderno 1

Subsidiariamente solicito que en el remoto caso que la Corporación decida confirmar la sentencia recurrida, se ordene tramitar incidente para establecer el que corresponde como compensación a la parte actora por la obra que alega haber realizado.”

Los argumentos con base en los cuales se sustentó el recurso de apelación estuvieron referidos a:

- Que contrario a lo concluido por parte del Tribunal Administrativo de Casanare, el contrato 247 de 1996 tiene un objeto diferente al 247 de 1995, puesto que el contrato de 1996 se celebró para: *“CONFORMACIÓN DE TERRAPLEN INCLUYE EXCAVACIÓN Y PRÉSTAMO ACRREO HASTA 1 KM”*;
- Que lo dicho anteriormente se puede evidenciar con la actuación de *“la Secretaría de Obras Públicas con el visto bueno del señor Gobernador, en escrito del 16 de abril de 1996, por valor de \$23.248.394,88, valor también por el que fue expedido el certificado de disponibilidad presupuestal y tramitado en últimas el contrato que denominaron erróneamente adicional, cuando en verdad es autónomo”*;
- Que la falta de prueba acerca de la realización efectiva de las obras nuevas o adicionales por parte del contratista no le resulta imputable al demandante, puesto que en el libelo introductorio pidió para ello una *“INSPECCIÓN JUDICIAL CON INTERVENCIÓN DE PERITOS”*, la cual no fue practicada por decisión del *a quo*, quien sostuvo que esa prueba no era necesaria porque *“el ente administrativo demandado en ningún momento ha desconocido la realización de la obra contratada”*.

9. Alegatos de conclusión de segunda instancia. Concepto del Ministerio Público.

El 10 de febrero de 2000 se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para lo que fuera de su competencia²². La parte demandante guardó silencio; no así la demandada y el Ministerio Público.

9.1. Departamento de Casanare.

²² Folio 224, Cuaderno principal

La entidad territorial²³ pidió que se confirmara la declaración de nulidad del contrato, puesto que éste había sido celebrado con vulneración de las disposiciones legales y, además, no había prueba de que se hubieren “realizado obras nuevas o adicionales al contrato inicial celebrado en 1995, de las que se hubiere beneficiado el Departamento.”

9.2. Ministerio Público

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso Administrativo rindió el concepto correspondiente²⁴, mediante el cual solicitó, en primer lugar, con fundamento en el análisis de las pruebas, que se confirmara la sentencia:

“Para la Delegada, los anteriores hechos indican sin lugar a dudas que el Contrato de Obra Pública No. 247 de 1995, fue liquidado por las partes el 28 de febrero de 1996 y sin embargo, al suscribir el documento el día 29 de abril de 1996, pretendieron adicionar el término y el valor del mismo, con el fin de incluir mayor cantidad de obra del Item 2.2. del contrato principal. Quiere decir lo anterior que se adicionó un contrato que ya había salido del tráfico jurídico, puesto que el acto de liquidación pone punto final a la relación comercial existente entre las partes ... ; en el presente caso, las partes suscribieron la respectiva Acta sin dejar observación alguna que permita deducir que quedó pendiente alguna obra por ejecutar.”

En segundo lugar, luego de concluir que no había pruebas dentro del plenario que acreditaran la realización de obras por parte del contratista ni de que, en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se hubiere satisfecho un interés público; el Ministerio Público dijo que debía modificarse el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, referido a las compensaciones mutuas entre las partes como resultado de la declaratoria de nulidad del contrato.

En el concepto de fondo se dijo que no había lugar a las compensaciones mutuas, puesto que ante la falta de la prueba comentada sobre las obras realizadas y la forma como supuestamente habían dado satisfacción a un interés público no debía pagársele suma alguna al contratista y éste, a su vez, no estaba obligado a restituir el pago que a título de anticipo le había hecho la entidad territorial, porque, de acuerdo con el artículo 1525 del Código Civil, lo que ha sido pagado a sabiendas por objeto o causa ilícitos no podrá ser restituido y, en el caso concreto,

²³ Folios 226 – 229, Cuaderno 1

²⁴ Folios 231 – 247, Cuaderno 1

“la entidad demandada no puede pretender que desconocía la existencia del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Obra Pública No. 247 de 1995 que finalizó dicha relación comercial entre las partes y que por lo tanto, no podía celebrar un “contrato adicional” del mismo.”

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, toda vez que la pretensión mayor, referida a los supuestos perjuicios materiales, ascendía al momento de presentación de la demanda, 14 de mayo de 1997, a \$15'000.000.00 y para ese entonces la cuantía requerida para que el proceso tuviera vocación de doble instancia era de \$13'460.000.00.

2. Resumen del material probatorio. Documentos y declaraciones.

En primer lugar, la Sala resumirá las pruebas documentales aportadas al proceso que mayor importancia tienen para la solución del caso, las cuales, para su mejor entendimiento, se expondrán en orden cronológico. Luego se transcribirán, en lo pertinente, las declaraciones que fueron rendidas en el curso de la investigación.

2.1. Invitación Pública (31 de agosto de 1995).

En el expediente se encuentra en copia auténtica²⁵, un documento denominado “INVITACIÓN PÚBLICA”, en el cual se define:

“El Departamento de Casanare está interesado en recibir ofertas de cotización para el DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN PUENTE SOBRE EL CAÑO AGUAZULERO Y CARRETEABLE VEREDA VALLE VERDE AGUAZUL, obra que se adelantará con recursos del presupuesto departamental ... ; las condiciones generales para la presentación de ofertas son:

1.- OBJETO: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN PUENTE SOBRE EL CAÑO AGUAZULERO Y CARRETEABLE VEREDA VALLE VERDE AGUAZUL (...) (Subrayado fuera de texto)

²⁵ Folio 43, Cuaderno 3

2.2. Propuesta de Tracto Casanare Ltda. (12 de septiembre de 1995).

En el expediente se halla, en copia auténtica²⁶, un documento presentado al Secretario de Obras Públicas del Departamento de Casanare por parte de Emilio Riveros Riaño, en condición de gerente de la compañía Tracto Casanare Ltda., el cual tiene como referencia “*Propuesta Diseño y Construcción de vía y puente sobre el caño Aguazulero*” y cuyo texto comprende:

“Por medio de la presente me dirijo a usted para remitirle la propuesta técnico económica para el proyecto de la referencia.

Valor de la propuesta CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (49.964.365,00)

Plazo de ejecución: tres (3) meses a partir del Acta de iniciación suscrita con su Oficina.

Forma de pago: 50% de anticipo a la firma de las respectivas pólizas y el 50% con actas parciales según actas de avance de obra mensual”
(Subrayado fuera de texto)

2.3. Recomendación de mejor proponente. (13 de septiembre de 1995).

En el expediente se halla, en copia auténtica²⁷, un documento presentado al Gobernador de Casanare por parte del Secretario de Obras Públicas, en el cual se rindió un informe respecto de cuáles fueron los proponentes y se sugirió la contratación con uno de ellos, así:

“En el presupuesto vigente del Departamento de Casanare existen recursos para el diseño y construcción del puente sobre el caño Aguazulero y carreteable vereda Valla Verde.

Se recibieron propuestas de cotización para la realización de esta obra, se hizo la revisión aritmética, encontrándose consistente junto con los análisis unitarios; igualmente cada uno de los proponentes adjuntó la documentación adecuada para respaldar la propuesta.

(...)

A presentar cotización para la ejecución de esta obra se presentaron los ingenieros que relaciono a continuación:

<i>INGENIERO</i>	<i>VALOR</i>	<i>TIEMPO</i>
<i>EJECU.</i>		
<i>GERARDO SALAZAR</i>	<i>51'351.896.00</i>	<i>90</i>
<i>días</i>		
<i><u>EMILIO RIVEROS RIAÑO</u></i>	<i><u>49'964.365.00</u></i>	<i><u>90</u></i>
<i><u>días</u></i>		

Se recomienda ordenar la contratación con el Ing. Emilio Riveros Riaño.”
(Subrayado fuera de texto)

²⁶ Folio 48, Cuaderno 3

²⁷ Folio 41, Cuaderno 3

2.4. Certificado de Disponibilidad Presupuestal (2 de octubre de 1995).

En el plenario se encuentra, en copia auténtica²⁸, el “CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL No. 0330”, con la siguiente información:

“OBJETO:
DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE SOBRE EL CAÑO AGUAZULERO Y CARRETEABLE VEREDA VALLE VERDE - AGUAZUL
VALOR:
... \$(49'964.365)
(...)”.(Subrayado fuera de texto)

2.5. Contrato 247 de 1995 (13 de octubre de 1995).

El “Contrato de Obra Pública” No. 247 de 1995, el cual obra en copia auténtica en el expediente²⁹, fue celebrado entre el Departamento de Casanare y la “Sociedad Tracto Casanare Limitada” el día 13 de octubre de 1995 “en ejercicio de la facultad de contratación directa prevista en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 855 de 1994”.

Algunas de las cláusulas contractuales que deben ser tenidas en cuenta son las que parcialmente se transcriben a continuación:

“PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con el DEPARTAMENTO a ejecutar, por el sistema de precios unitarios y de conformidad con su propuesta el diseño y construcción (sic) puente sobre el caño Aguazulero y carreteable vereda Valle Verde Municipio de Aguazul - Casanare, de conformidad con su propuesta, la cual hace parte integral del presente contrato, según el siguiente detalle:

ITEM DESCRIPCIÓN	(...)
V/PARCIAL	
1.- DISEÑO VIA	(...)
1.1. DISEÑO VIA	(...)
5.198.200.00	
2.- CONSTRUCCION VIA	(...)
2.1. DESCAPOTE	(...)
907.200.00	
<u>2.2. TERRAPLEN PRESTAMO LATERAL</u>	(...)
<u>5.495.040.00</u>	

²⁸ Folio 39, Cuaderno 3

²⁹ Folios 33 – 38, Cuaderno 3

2.3.	TRANSPORTE MATERIAL	(...)	
	2.764.800.00		
3.	CONSTRUCCIÓN PUENTE	(...)	
3.1.	LOC Y REPLANTEO	(...)	
	187.500.00		
3.2.	EXCAVACIONES EN TIERRA	(...)	
	278.437.50		
3.3.	EXCAVACIONES EN CONGLO	(...)	
	95.062.50		
3.4.	EXCAVACIONES EN ROCA	(...)	
	19.875.00		
3.5.	CONCRETO CICLOPEO	(...)	
	9.621.250.00		
3.6.	CONCRETO 210 PARA ESTRUCTURAS	(...)	
	21.131.150.00		
3.7.	CONCRETO PARA PASAMANOS	(...)	
	2.002.600.00		
3.8.	REFUERZO 60.000 PSI	(...)	
	1.574.400.00		
3.9.	RELLENO MATERIAL SELEC. Y COMPACTADO	(...)	
	688.750.00		
	<u>VALOR TOTAL</u>		\$
	<u>49.964.365.00"</u>		

PARAGRAFO 1: Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula podrán aumentar o disminuir durante el desarrollo del presente contrato por circunstancias especiales que se presenten durante su ejecución sin que ello conlleve modificación de los precios unitarios estipulados en ésta cláusula.

(...)

SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO. Para efectos fiscales el valor de este contrato se fija en la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$49'964.365.00) M/CTE, cantidad resultante de sumar los valores parciales arriba determinados; el valor final será el que resulta de multiplicar las cantidades de obra por el valor unitario de cada una de ellas, de conformidad con la cláusula primera.

TERCERA. FORMA DE PAGO. La cantidad aquí determinada será pagada de la siguiente forma: 1. El cincuenta por ciento (50%) a título de anticipo una vez perfeccionado el contrato. 2. El saldo contra actas parciales de obra.

(...)

CUARTA: PLAZO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto de este contrato en un término de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de obra por parte de EL CONTRATISTA y el Interventor.

(...)

QUINTA: INTERVENTORIA. La vigilancia y control de la obra de que trata el presente contrato será ejercida por el Jefe de la División de Coordinación e Interventorías de Obras del DEPARTAMENTO, o por el funcionario a quien él delegue ... PARAGRAFO 1: Todo trabajo que se emprenda sin la aprobación del interventor será por cuenta y riesgo del CONTRATISTA.

(...)

DECIMA SEPTIMA: LIQUIDACION: Una vez cumplidas las obligaciones surgidas del presente contrato, declarada su caducidad o terminación unilateral, se procederá a su liquidación de conformidad con los arts. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. El DEPARTAMENTO suscribirá acta en que constarán las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por EL CONTRATISTA y las cantidades de obra ejecutadas por él. Con tales actas se determinarán las obligaciones a cada una de las partes de acuerdo con lo estipulado en el presente contrato. El acta final de liquidación llevará la firma del CONTRATISTA, si comparece a la diligencia y del INTERVENTOR.” (Subrayado fuera de texto)

Es importante señalar que la descripción completa del elemento que mayor importancia tiene para el *sub judice* comprendía:

V/UNIT	“ITEM DESCRIPCIÓN V/PARCIAL	UN	CANT.	
2.2.	<u>TERRAPLEN PRESTAMO LATERAL</u>	<u>M3</u>	<u>1,080.00</u>	<u>5,088.00</u>
	<u>5,495,040.00”</u> (Subrayado fuera de texto)			

2.6. Acta de modificación (28 de enero de 1996).

En el acervo, en copia auténtica³⁰, aparece un documento titulado “*ACTA DE MODIFICACIÓN*”, suscrito por la Secretaría de Obras Públicas, el Contratista y el Interventor, mediante el cual se modificó la obra, pero sin que hubiera variación alguna en el valor total previamente acordado. En el documento se señaló:

“Que al construir el puente sobre el Caño Aguazulero con las dimensiones del diseño, presenta cantidades de obra menores a las contratadas.
Que el excedente de las cantidades de obra del puente no ejecutadas se trasladaron y distribuyeron a la apertura y construcción de la vía, cuyas cantidades reales son mayores a las contratadas, con los mismos valores contratados.
Que el valor del contrato no se está alterando.
Que el objeto del artículo contratado se mantiene y no se está cambiando
Por consiguiente se resuelve cambiar el presupuesto inicial por uno nuevo que contemple lo estipulado anteriormente...
(...)” (Subrayado fuera de texto)

En relación con el elemento de la obra que más relevancia tiene con la solución del caso concreto, el documento dispuso:

V/UNIT	“ITEM DESCRIPCIÓN V/PARCIAL	UN	CANT.	
2.2.	<u>TERRAPLEN PRESTAMO LAT. M3</u>	<u>M3</u>	<u>1,100.00</u>	<u>5,088.00</u>
	<u>5’596.400.00”</u> (Subrayado fuera de texto)			

³⁰ Folios 24 – 25, Cuaderno 3

Es decir, se presentó un aumento de 20 metros en el ítem denominado “TERRAPLEN PRESTAMO LAT.”

2.7. Acta de liquidación bilateral (28 de febrero de 1996).

En el acervo, en copia auténtica³¹, aparece un documento titulado “ACTA DE RECIBO Y LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA”, en el cual se indica, respecto del ítem y valor correspondiente al elemento de discusión en el caso concreto, una descripción que concuerda perfectamente con lo dispuesto en el Acta de Modificación del 28 de enero de 1996:

V/UNIT	“ITEM DESCRIPCIÓN V/PARCIAL	UN	CANT.
2.2.	<u>TERRAPLEN PRESTAMO LAT. M3</u>	<u>1,100.00</u>	<u>5,088.00</u>
	<u>5'596.400.00” (Subrayado fuera de texto)</u>		

Con posterioridad, una vez relacionados los demás ítems desarrollados con los valores respectivos, se concluyó:

“(…)
TOTAL LIQUIDADO 49'955.115.00
MENOS VALOR AMORTIZACIÓN 24'982.182.50
MENOS ACTA PARCIAL No.001 15'078.942.50
VALOR PRESENTE ACTA 9'893.990.00
VALOR OBRA NO EJECUTADA 9.250.00
VALOR DEL CONTRATO
\$49'964.365.00
En Yopal, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996), se reunieron los Señores: ALFONSO NARANJO MESA como interventor por parte de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte y el señor EMILIO RIVEROS RIAÑO representante de la firma TRACTO CASANARE LIMITATA como contratista con el fin de suscribir la presente Acta de Recibo y Liquidación de Obra objeto del contrato 247 - 95. SON: NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$9'893.990.00) MONEDA CORRIENTE SUMA QUE SE HACE NECESARIO CANCELAR AL CONTRATISTA
(…)”(Subrayado fuera de texto)

La Sala advierte que no existen observaciones ni constancias que hayan sido anotadas en el acta por parte de Tracto Casanare Ltda., de lo cual se concluye, de manera inequívoca, que la sociedad contratista, parte demandante en el presente

³¹ Folios 19 – 20, Cuaderno 3

proceso, aceptó en su integridad la liquidación en los términos comprendidos en el acta.

2.8. Solicitud de elaboración de contrato por valor superior (16 de abril de 1996).

En el expediente, en copia auténtica³², aparece un documento suscrito por quienes figuraron con los títulos de “EVALUADOR Y CALIFICADOR”, “SECRETARIO DE OBRAS PÚBLICAS” y con el visto bueno del “GOBERNADOR DE CASANARE”, el cual estaba dirigido al Secretario General y comprendió el siguiente texto:

“Atendiendo el procedimiento establecido por la Ley 80/93 y en especial el Decreto Reglamentario 855/94, nos permitimos solicitar la elaboración de contrato por mayores cantidades de obras ejecutadas dentro de la ejecución del contrato No. 247 - 95 del rubro 6.1.2.1.2. Interventoría y mayores cantidades de obra de acuerdo al siguiente presupuesto:

ITEM DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	V/UNIT
V/PARCIAL			
<u>2.2. Conformación</u>			
Terraplen	<u>M3</u>	<u>4.569.26</u>	<u>5.088</u>
<u>\$23.248.394,88</u>			
<u>VALOR TOTAL</u>			
<u>\$23.248.394,88</u>			

(...)

Favor proceder a la elaboración del contrato respectivo, con el señor EMILIO RIVEROS en representación de Tracto Casanare Ltda.” (Subrayado fuera de texto)

Como se puede apreciar claramente, en este documento, casi dos meses después de la liquidación del contrato 247 - 95 se está solicitando elaborar un contrato por una mayor cantidad de obra y por un valor superior al comprendido en el mismo contrato 247 - 95, en el Acta de Modificación del 28 de enero de 1996 y en el Acta de Liquidación del 28 de febrero de 1996.

2.9. Solicitud de expedición de Certificado (18 de abril de 1996).

En el proceso obra, en copia auténtica³³, una comunicación suscrita por el Secretario de Obras Públicas y Transporte y dirigida al Jefe de Presupuesto, en la cual se puede leer:

³² Folio 16, Cuaderno 3

³³ Folio 15, Cuaderno 3

“Me permito solicitarle ordene a quien corresponda expedir Certificado de Disponibilidad Presupuestal, así:

IMP. PRESUPUESTAL: 6.1.2.1.2.

OBJETO: INTERVENTORIA Y MAYORES CANTIDADES DE OBRA DEL CONTRATO No. 247/95

VALOR: \$ 23.248.394.88”

2.10. Solicitud de elaboración de contrato (25 de abril de 1996).

En el proceso consta, en copia auténtica³⁴, una comunicación suscrita por el Secretario General y dirigida al Director de la Oficina Jurídica, en cuyo texto se dijo:

“A efectos de elaboración de adicional al contrato No. 247 - 95, me permito enviarle la siguiente documentación:

Oficio 16 de abril de 1996

Cantidad de obra ejecutada

Certificado de disponibilidad presupuestal No. 896 por \$23.248.394,88”

2.11. “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” (29 de abril de 1996).

En el proceso obra, en copia auténtica³⁵, el documento suscrito con el título de “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” por parte del Departamento de Casanare y de la sociedad Tracto Casanare Ltda., en cuyo encabezado se dice que entre las partes contractuales se ha “convenido adicionar el contrato de Obra Pública No. 247 - 95 de fecha octubre 13 de 1995, que en adelante se denominará contrato principal”.

Las cláusulas de mayor relevancia para el análisis del caso concreto son:

“CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO - El presente contrato tiene por objeto adicionar la cuantía y plazo para el cumplimiento del contrato principal, a fin de ejecutar las obras necesarias para efectuar el diseño y construcción puente (sic) sobre el Caño Aguazulero y carretable vereda Valle Verde Municipio de Aguazul Casanare, de conformidad con su propuesta, la cual hace parte integral del presente contrato, contenida en el item 2.2. descripción y detalle que adicionalmente se anexa en fotocopia al contrato.

CLÀUSULA SEGUNDA. - VALOR -. El valor de la ampliación del contrato de obra pública No. 247 - 95 es la suma de VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 88/100 (\$23'248.394,88) M/CTE

³⁴ Folio 14, Cuaderno 3

³⁵ Folios 12 – 13, Cuaderno 3

CLAUSULA TERCERA.- PLAZO: El presente adicional se prorroga en un plazo de un (1) mes.

CLAUSULA CUARTA.- FORMA DE PAGO: El DEPARTAMENTO pagará al CONTRATISTA el valor del presente adicional así: 1. El cincuenta por ciento (50%) a título de anticipo y, 2. El cincuenta por ciento (50%) restante mediante actas parciales de obra, previa presentación de las cuentas de cobro acompañadas del acta respectiva.

(...)

CLAUSULA SEXTA.- VINCULACION.- Las partes convienen seguir vinculadas al contrato Principal y a las estipulaciones del presente contrato adicional.

CLAUSULA SEPTIMA.- GARANTIAS.- EL CONTRATISTA se obliga a prorrogar todas las fianzas que tiene constituidas, aumentándolas en la cuantía del presente adicional y en los términos del contrato Principal.

CLAUSULA OCTAVA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Quedan vigentes todas las estipulaciones del contrato Principal que no sean contrarias a este documento.

CLAUSULA NOVENA.- LIQUIDACION.- La liquidación del presente contrato adicional, se hará simultáneamente con el contrato Principal previa presentación de todos los documentos exigidos para la fecha en que ella se efectúe.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

2.12. "ANEXO DEL CONTRATO 247 - 95" (29 de abril de 1996).

En el expediente se acredita, en copia auténtica³⁶, la existencia de un documento suscrito por parte del Gerente de Tracto Casanare Ltda., Emilio Riveros, el cual aparece sin fecha y consta del siguiente texto:

"CANTIDAD DE OBRA EJECUTADA
ANEXO DEL CONTRATO 247 - 95

PRECIOS UNITARIOS

ITEM	DESCRIPCION	UN	CANT	V/UNIT A	V/PARCIAL
2.2	<u>CONFORMACION DE TERRAPLEN INCLUYE EXCAVACION Y PRESTAMO ACRREO (SIC) HASTA 1 KM</u>	M3	<u>4.569.2 6</u>	5.088.0 0	<u>23.248.394.88</u>

2.13. Orden de pago No. 2092 (16 de mayo de 1996).

Por medio de copia auténtica³⁷ se acredita en el expediente que el Secretario de Hacienda autorizó el pago de una cuenta a favor de "TRACTO CASANARE

³⁶ Folio 17, Cuaderno 3

LTDA.” por valor de “\$11.624.197,44”. La descripción del pago correspondiente era:

“Por concepto de efectuar el diseño y construcción puente caño aguazulero y carretable vereda Valle Verde Opio de Aguazual - Casanare, según contrato 247 fecha 13 de octubre de 1995, adición fecha 29 abril de 1996, y demás documentos adjuntos, como anticipo del 50%.-”

2.14. Certificación sobre obras adicionales (29 de septiembre de 1997).

El Director de la Oficina Jurídica del Departamento de Casanare, con destino al Tribunal Administrativo de Casanare, envió la comunicación que enseguida se transcribe y que aparece en el expediente en documento original³⁸:

“En atención al oficio de la referencia, donde solicita Certificación de obras adicionales que pudieren existir del Contrato No. 247-95; (sic) me permito informarle que revisada cuidadosamente la carpeta de éste no se halló Acta alguna de Recibos de obras Adicionales del contrato precitado. Sí aparece el Acta de Recibo y Liquidación Final de Obra de fecha 28 de Febrero de 1996 suscrita por el Representante Legal de la Sociedad Contratista y la Secretaria de Obras Públicas del Departamento y en la misma se puede advertir que no hubo obras adicionales, por cuanto no aparece constancia de ello.” (Subrayado fuera de texto)

2.15. Testimonio de Jaime Ramírez Chaparro.

El testigo señaló³⁹:

“PREGUNTADO: Dígame al Despacho si sabe y por qué razón de que se le haya pagado o no, el valor del contrato No. 247 de 1995 que se consideró como adicional, a don Emilio Riveros? CONTESTO: El me comentó que el puente era de un contrato de cuarenta y pico de millones, pero que además el relleno de nivelación del puente con la vía o lo que yo llamo obra de acabado, se lo habían adicionado y que estaba cojiendo por cobrar una plata, yo lo entiendo en el sentido de que no veía como le pagaran esa plata, que se la estaban embolatando.”

2.16. Interrogatorio de parte de José Emilio Riveros Riaño, Gerente de Tracto Casanare Ltda.

³⁷ Folio 12, Cuaderno 2

³⁸ Folio 12, Cuaderno 4

³⁹ Folios 4 – 10, Cuaderno 2

El representante legal de la entidad demandante explicó lo sucedido en la audiencia correspondiente⁴⁰, de conformidad con los siguientes términos:

“Siendo Gobernador el Dr. Emiro Sosa me dio el contrato en mención, el 247 de 1997, era la construcción de un puente y carretable vereda Valle Verde - Aguazul, yo ejecuté el contrato, lo entregué y me hicieron la liquidación final del mismo, pero la vía no se terminó totalmente, entonces la comunidad de Aguazul, de la vereda, vinieron a hablar con el Gobernador, que para ese entonces estaba el Dr. William Pérez, le pidieron recursos para terminar la obra y el Dr. William me dijo Emilio termine la obra que yo le legalizo, el Dr. William salió de la Gobernación y no me legalizó la obra, entonces regresó el Dr. Emiro a la Gobernación, hablé con él y una vez escuchó el caso ordenó por obras públicas que me arreglaran la situación, que me pagaran el excedente, entonces por Obras Públicas realmente no recuerdo perfectamente si era el Dr. Carlos Espitia o Javier Fonseca, pero el que si estaba al frente en todo este trayecto y quien me liquidó la obra era el interventor ingeniero Alfonso Naranjo y fue él el que subió hasta la secretaría general donde el Dr. Juan Mojica para que elaboraran el contrato adicional, quiero aclarar que él salió del Despacho de Obras Públicas hacia la secretaría general para que elaborara el contrato adicional, lo elaboraron, lo firmé, lo legalicé inmediatamente presenté cuenta de cobro por el anticipo y me fue cancelada la cuenta de cobro, después presenté cuenta de cobro por el otro 50% del contrato y entonces ya vino el inconveniente, en jurídica argumentaron que no se podía haber hecho contrato adicional a un contrato ya liquidado, pues como yo de eso no sabía, de estas situaciones, no sin antes anotar que por este hecho no me pagaron el resto, entonces fui donde el interventor Naranjo y le puso en conocimiento la situación, él me dijo que ya se había enterado pero como cosa especial inmediatamente se retiró de esto y me mandó a mí a que arreglara la situación con jurídica, este es el momento pues que no he podido hacer que me paguen el resto de la obra que el interventor Naranjo le dijo al Secretario de Obras y al mismo Gobernador que la obra sí había sido ejecutada, pero sin embargo no me hizo liquidación final de ese adicional, cuando hablo de Gobernador me refiero al Dr. Emiro Sossa.” (Subrayado fuera de texto)

Luego de esta presentación general del asunto, en la misma declaración de parte dio respuesta a las preguntas que le fueron formuladas, entre otras, las siguientes:

“4. PREGUNTADO: Sírvase decirnos quién le autorizó la ejecución de mayores cantidades de obras, por parte del Departamento? CONTESTO: El interventor, él fue el que me dio las cantidades de obra y me dijo qué debía hacer.

(...)

Preguntado por el Despacho: Si conforme el acta de liquidación del contrato 247 - 95 éste se encontraba totalmente terminado, por qué se celebró contrato adicional para los mismos fines? CONTESTO: Haber, para ese momento yo era completamente ignorante de los procedimientos administrativos o leyes de contratación.

⁴⁰ Folios 16 – 20, Cuaderno 4

PREGUNTADO: Explíquenos cuál fue la obra nueva que usted realizó en relación con el contrato original? CONTESTO: Banqueo, transporte de material y afirmado de carretable Valle Verde, más específicamente es una variante que inicia en la avenida Román Roselly y termina exactamente frente a la entrada de la Escuela del Das en la vía a Maní.

PREGUNTADO: En conclusión Ud. se comprometió a ejecutar una obra completamente diferente a la pactada en el contrato 247 - 95? CONTESTO: A mí me contrataron en el 247 - 95 para construir un puente en esta variante y lo que sobrara hacerlo en vía, en carretera, alcanzó para el puente y unos 500 metros más de vía, posteriormente en el adicional me contrataron para terminar la vía y empatar con la entrada a la escuela del Das o vía a Muní que era algo más de un kilómetro, esto se trataba de banqueo y afirmado con material de río, material que le compré al municipio de Aguazul.

PREGUNTADO: Según lo dicho anteriormente (se le lee lo pertinente) esa obra complementaria la contrató verbalmente con Ud. el Dr. William Pérez? CONTESTO: Quiero reiterar nuevamente que el Dr. William Pérez como Gobernador me ordenó verbalmente hacer la obra la cual no me legalizó quizás por los mismos efectos de la interinidad de los Gobernadores por esos tiempos, es decir se me sale de mis conocimientos y mi manejo conceptual porqué no me legalizaron la obra.

PREGUNTADO: Para el 29 de abril de 1996 fecha en que se firmó la adición al contrato de obra pública 247 - 95, la obra complementaria del puente ya estaba ejecutada? CONTESTO: Sí estaba ejecutada, la ejecución la hice en febrero de 1996. (Subrayado fuera de texto)

3. Análisis de las circunstancias relevantes para decidir en el caso concreto.

Tal y como se ha podido establecer a lo largo del juicio, el núcleo principal del problema que convoca la atención de la Sala está referido a la supuesta realización de obras por parte del contratista Tracto Casanare Ltda., demandante en el proceso, las cuales excedían en extensión y valor a lo acordado en el contrato originario 247 - 95.

El Contrato de Obra a cuya tipificación corresponde el celebrado en este caso concreto de acuerdo con lo que se puede leer dentro del texto respectivo aportado al expediente, está definido en la Ley 80 de 1993, artículo 32, así:

(...)

Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

(...)"

En el contrato originario, luego de la modificación hecha mediante Acta del 28 de enero de 1996, las obras objeto de la discusión estaban referidas a:

"ITEM DESCRIPCIÓN		UN	CANT.	
V/UNIT	V/PARCIAL			
<u>2.2.</u>	<u>TERRAPLEN PRESTAMO LAT. M3</u>	<u>1,100.00</u>		<u>5,088.00</u>
	<u>5'596.400.00"</u>			

Por su parte, en el documento "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95", suscrito el 29 de abril de 1996, respecto del mismo ítem se señaló:

ITEM	DESCRIPCION	UN	CANT	V/UNIT A	V/PARCIAL
2.2	<u>CONFORMACION DE TERRAPLEN INCLUYE EXCAVACION Y PRESTAMO ACRREO (SIC) HASTA 1 KM</u>	M3	<u>4.569.2 6</u>	5.088.0 0	<u>23.248.394.88</u>

Como se puede ver, la cantidad de la obra y la descripción de la misma difieren sustancialmente y por tal razón, al menos en el texto respectivo, la segunda constituye una obra nueva respecto de la acordada y ejecutada en el Contrato 247 - 95. En el mismo sentido, en una parte de las declaraciones rendidas en el proceso por parte del representante legal de la firma contratista, ahora demandante, se encuentra que la obra había sido realizada de conformidad con lo dispuesto en el contrato originario y que con base esos resultados se hizo "la liquidación final del mismo", pero que, con posterioridad, para complacer las peticiones de la "comunidad de Aguazul", el Gobernador de ese entonces, "Dr. William Pérez", dio la orden verbal para hacer las obras nuevas, las cuales no estaban comprendidas en el contrato. Es importante advertir de una vez que esta parte de las declaraciones del demandante resulta contradictoria respecto de lo que él mismo dice en otra parte, en la cual señala que las obras "nuevas o adicionales" fueron realizadas efectivamente antes de la liquidación del Contrato 247 - 95, tal y como se expondrá más adelante.

Los asuntos principales que deberá analizar la Sala para determinar si las pretensiones han de prosperar o no, habida cuenta de las pruebas aportadas al proceso, están referidos a los siguientes aspectos:

- Alcances y efectos del acta de liquidación bilateral del Contrato 247 - 95, de fecha 28 de febrero de 1996;
- Existencia o inexistencia de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, del 29 de abril de 1996;
- Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

3.1. Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95. Consecuencias jurídicas respecto del proceso.

En el plenario está acreditado que las partes contractuales procedieron, de común acuerdo y sin dejar consagrada salvedad alguna, a liquidar bilateralmente el Contrato 247 - 95 el día 28 de febrero de 1996 y que, respecto de la obra objeto de la reclamación, se señaló que la prestación cumplida y liquidada había correspondido a:

<i>“ITEM DESCRIPCIÓN</i>	<i>UN</i>	<i>CANT.</i>
<i>V/UNIT</i>	<i>V/PARCIAL</i>	
<u>2.2. TERRAPLEN PRESTAMO LAT. M3</u>	<u>1,100.00</u>	<u>5,088.00</u>
<u>5'596.400.00”</u>		

También está acreditado en el proceso, gracias a lo dicho por parte del Gerente de Tracto Casanare Ltda., José Emilio Riveros Riaño y a otras pruebas que más adelante se refieren, que las obras que posteriormente fueron incorporadas dentro de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, suscrita el 29 de abril de 1996, correspondientes a 4.569.26 metros cúbicos de “*Conformación de Terraplen incluye excavación y préstamo acarreos (sic) hasta 1 km*”, no fueron realizadas después de la liquidación del Contrato 247 - 95, es decir, después del vencimiento del mes de febrero de 1996.

Las pruebas y elementos obrantes en el proceso que secundan lo dicho por el actor, en el sentido de que la ejecución de las obras por las cuales se reclama fue realizada materialmente con anterioridad a la liquidación, son: la certificación expedida por el Director de la Oficina Jurídica del Departamento de Casanare, con destino al Tribunal Administrativo de Casanare, de fecha 29 de septiembre de 1997, en la cual se precisa que después de la liquidación del Contrato 247 - 95 no

hubo obras adicionales realizadas por Tracto Casanare Ltda y la contestación de la demanda por parte de Carlos Alirio Espitia Cárdenas, llamado en garantía por la entidad territorial demandada, quien en el momento de los hechos ocupaba el cargo de Secretario de Obras Públicas del Departamento de Casanare, dentro de la cual se indica que las obras supuestamente realizadas por parte del contratista tuvieron lugar dentro del desarrollo del Contrato 247 - 95, es decir, con anterioridad a la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”.

Lo anterior indica:

- Que la obra que se demanda como adicional fue realizada en el mes de febrero de 1996, es decir, antes de la liquidación del contrato 247 - 95, la cual tuvo lugar el 28 de febrero de 1996;
- Que a pesar de ello, dentro del acta de liquidación bilateral no se dejó constancia ni salvedad alguna respecto de deudas por pagar acerca de la realización de la obra en exceso de lo acordado, dado que en el documento mencionado, suscrito por el representante legal del contratista, sociedad demandante en el *sub judice*, se incluyó el ítem, cantidad de obra y valor correspondientes al Contrato 247 - 95 sin incorporar ninguna adición de obra o valor alguno y sin consignar saldos debidos por la ejecución de alguna obra;
- Que hubo consentimiento expreso y exento de vicios de la sociedad contratista, parte demandante, con la liquidación de la obra;
- Que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, del 29 de abril de 1996 puede constituir una falsedad en documento público, o al menos una gravísima inexactitud, en cuanto comprende como objeto una obra que ya se había realizado con anterioridad a la suscripción de este documento, a pesar de lo cual dentro del mismo se daba la apariencia de que la obra no había sido hecha y que solo a partir de entonces se iniciaría con la misma; todo lo anterior con el aparente propósito de “legalizar” unos hechos cumplidos en contra de las disposiciones legales, como se explicará con detalle más adelante.

En consecuencia, no es posible obtener judicialmente el reconocimiento de pago alguno por la realización de una obra adicional, como lo quiere el actor, cuando ya se encuentra totalmente pagada, como se puede concluir del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95. El mismo demandante afirmó en la declaración rendida en el proceso que desde el mes de febrero de 1996 la supuesta obra adicional había sido realizada y no obstante ello, en abierta contradicción con lo que se afirma verbalmente, la mencionada acta de liquidación, suscrita por el propio actor, en condición de Gerente de la sociedad contratista, así como también las otras pruebas referidas con anterioridad, dan fe, inequívocamente, de que a esa fecha no hubo obra adicional alguna.

Ahora bien, se debe recordar que el actor en el recurso de apelación echó de menos la práctica de la prueba de inspección judicial con intervención de peritos, la cual fue solicitada por parte suya en la demanda y respecto de cuya práctica insistió cuando recurrió el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare mediante el cual se cerró la etapa probatoria y dio traslado para los alegatos de conclusión de primera instancia. Esta prueba pedida con el propósito de acreditar la realización de la obra adicional, acerca de la cual considera el actor, dentro de los argumentos de la apelación, que en el supuesto caso de haber sido ordenada y practicada habría servido para acreditar la realización efectiva de la obra y abrirle paso a la condena de la entidad territorial al pago demandado y respectivo.

Al respecto, la Sala considera que aun en el supuesto de que mediante la prueba de inspección judicial con intervención de peritos se hubiere constatado la realización de la obra adicional, no habría lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada y a condenarla al pago correspondiente, puesto que esa evidencia no podría desvirtuar que las partes contratantes expresaron por escrito en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 su liberación mutua y definitiva acerca de cualquier obligación derivada del referido contrato mediante la correspondiente declaración recíproca de paz y salvo sin salvedad alguna.

Los argumentos que le sirven a la Sala para desestimar las pretensiones de acuerdo con lo que se acredita en el proceso y lo que se analiza en este aparte son principalmente tres:

3.1.1. Solemnidad de los contratos estatales.

De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil en los siguientes términos:

“Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

En atención a lo anterior, la clase predominante y general de los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato.

No obstante lo anterior, en el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son contratos solemnes, según lo reflejan los textos de sus artículos 39 y 41, así:

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

Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

De conformidad con las normas transcritas, respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución,

dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.

En el caso concreto, el actor afirmó en la declaración que rindió en el proceso que la realización de la obra adicional habría sido acordada verbalmente con el Gobernador del Departamento de Casanare, William Pérez, con anterioridad al mes de febrero de 1996, lo cual significa, de acuerdo con la versión del demandante, que respecto del Contrato 247 - 95 se habría intentado efectuar una modificación con el mero consentimiento de las partes, razón por la cual jamás alcanzó existencia, desde la perspectiva contractual, para el mundo del Derecho.

Sobre ese particular, la Sala considera, en primer lugar, que no existe desde el punto de vista probatorio otro elemento que corrobore lo dicho por el demandante sobre el supuesto acuerdo verbal que se habría alcanzado para tratar - sin eficacia jurídica - de modificar el aludido contrato de obra, razón por la cual no existen elementos que permitan declarar con suficiencia que tal acuerdo modificatorio ciertamente hubiere tenido lugar como supuesto fáctico. En segundo lugar, dada la solemnidad que caracteriza a los contratos estatales de conformidad con la legislación especial que regula esta materia, la Sala concluye que, incluso frente a la hipótesis de que en el caso concreto se hubiere acreditado el acuerdo verbal de las partes para tratar de modificar el Contrato 247 - 95, no sería posible reconocerle efecto alguno a tal acuerdo puesto que la modificación consensual, de un acuerdo que legalmente se debe extender por escrito, es decir, que es solemne, está llamada a ser desestimada por el ordenamiento jurídico.

3.1.2. Efecto vinculante del acta de liquidación bilateral del contrato.

Tan importante como lo anterior, o más aun, es el tema que el Consejo de Estado ha desarrollado en numerosas oportunidades, en una posición pacífica, uniforme y estable, respecto de la improcedencia absoluta de las reclamaciones judiciales

que se encaminan a obtener reconocimientos por la ejecución de prestaciones emanadas de un contrato, cuando quiera que el mismo ya ha sido liquidado de manera bilateral y dentro del cuerpo de tal liquidación no se ha dejado constancia, salvedad o inconformidad alguna acerca de la falta de reconocimiento o pago que el contratista reclama, ni se presenten causales que afecten la eficacia, la existencia o la validez del respectivo acuerdo liquidatorio⁴¹.

La Ley 80 de 1993 define la liquidación de los contratos en los siguientes términos:

“Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes ...

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

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

El contrato 247 - 95 en su cláusula décima séptima precisó, en el mismo sentido de la norma legal, que la liquidación del contrato tendría lugar una vez cumplidas las obligaciones surgidas del contrato y que en el acta correspondiente se harían constar *“las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por EL CONTRATISTA y las cantidades de obra ejecutadas por él”*.

El acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es *“un acto de autonomía privada jurídicamente relevante”*,⁴² en virtud de la cual las partes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato⁴³. Tiene fundamento en la autonomía y en la libertad,

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de abril de 1997; Exp. No. 10608, M.P. Daniel Suárez Hernández *“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”*

⁴² F. Hinestroza, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 44. *“...el negocio jurídico entendido como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: la ley, por lo general, no delimita del todo su contenido, sino que señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva particular, indaga sobre la observancia de la normatividad imperativa y, al no hallar reparo que formularle, la interpreta, la ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillada en uno de los tipos socialmente reconocidos, le adjudica los efectos que mejor correspondan a aquella determinación, así clasificada y alindada.”*

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. M.P. Daniel Suárez Hernández. Este pronunciamiento fue

propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene efecto vinculante para quienes concurren a su celebración⁴⁴, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil.

En concreto, la Sección Tercera ha dicho, en un caso que guarda similitud con el presente, lo siguiente:

“Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firman de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores. Ha advertido la Sala, adicionalmente, que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz. Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. Y si bien no se discute la posibilidad de que la liquidación final de un contrato pueda ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron. En el presente caso, se observa que, un mes después de la suscripción del acta respectiva, el contratista solicitó al Intendente de Arauca que incorporara a ésta última el valor de los reajustes de precios solicitados; sin embargo, la entidad contratante negó la petición. Así las cosas, no se modificaron los términos de la liquidación”

recogido y reiterado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque *“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”*

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque *“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad”*

suscrita sin salvedades el 6 de abril de 1990 ...”⁴⁵. (Subrayado fuera de texto)

3.1.3. Buena fe. *Venire contra factum proprium non valet.*

Finalmente, la Sala anota que el demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla “*venire contra factum proprium non valet*”, derivada del principio de la buena fe, el cual encuentra consagración positiva expresa tanto constitucional⁴⁶ como legalmente⁴⁷ en el ordenamiento jurídico colombiano. En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“... vale la pena subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado”⁴⁸ (Subrayado fuera de texto)

En efecto, el demandante suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin manifestar que había realizado una obra que se hallaba pendiente de pago y más adelante pretendió el pago correspondiente mediante la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” y la posterior reclamación judicial. Este comportamiento de la sociedad Tracto Casanare Ltda. constituye una vulneración de la regla referida, en tanto que se encuentra en abierta contradicción

⁴⁵ Consejo de Estado,. Sala de lo Contencioso Administrativo,. Sección Tercera. Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, M.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez

⁴⁶ “Artículo 83.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

⁴⁷ Código Civil “Artículo 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”; Código de Comercio “artículo 871.- Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. N° 16.041. Actor: Miguel Antonio Casas. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

entre lo que se hace y lo que se dice en el acta de liquidación referida y lo que se hace y se dice en sus actuaciones ulteriores.

En atención a lo expuesto, la Sala tiene claro que las pretensiones correspondientes no están llamadas a prosperar.

3.2. Existencia o inexistencia de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”.

No obstante lo anterior y sin perjuicio de lo dicho respecto de lo que va a ser la decisión de la Sala, es conveniente también estudiar el documento denominado “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, suscrito el 29 de abril de 1996 por parte del Departamento de Casanare y la sociedad Tracto Casanare Ltda., en cuyo encabezado se dice que entre las partes contractuales se ha “convenido adicionar el contrato de Obra Pública No. 247 - 95 de fecha octubre 13 de 1995, que en adelante se denominará contrato principal”.

3.2.1. “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”. ¿Contrato nuevo o adición?

La parte demandante, en la sustentación del recurso de apelación, afirmó que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” era, en realidad, un contrato nuevo y autónomo, como también lo hizo el llamado en garantía Jairo Bossuet Pérez Barrera, quien en condición de Gobernador (E) la suscribió. Uno y otro sostuvieron que la “Adición” comprendía un objeto independiente del inicialmente pactado en el Contrato 247 - 95 y que la denominación adoptada había obedecido simplemente un error que no podía sacrificar la común intención de las partes de celebrar un nuevo contrato.

La Sala considera que si bien es cierto que en los términos del artículo 1618 del Código Civil la “intención de los contratantes” debe prevalecer sobre “lo literal de las palabras”, también lo es que la búsqueda de esa común intención se sujeta, en primer término, a lo que se puede deducir del texto correspondiente y del comportamiento relevante de las partes, en atención a lo dicho, entre otras normas, en el inciso primero del artículo 1622 del mismo cuerpo legal, según el cual: “[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”

De acuerdo con lo anterior, en el clausulado de la pretendida “Adición” se evidencia, de manera clara, que la común intención de las partes era la de adicionar el Contrato 247 - 95. Así se demuestra en su título, en el encabezamiento y en las diferentes cláusulas: en la primera, “objeto”; en la segunda, “valor”; en la tercera, “plazo”; en la cuarta, “forma de pago”; en la sexta, “vinculación”; en la séptima, “garantías”; en la octava, “vigencia”; y en la novena, “liquidación”. En todas ellas se refleja de manera inequívoca que el querer de las partes, plasmado en el texto, era el de adicionar el contrato en obras, plazo y valor, a pesar de que, como se concluyó con anterioridad, el Contrato 247 - 95 ya había sido liquidado.

Menos aún se puede acoger el argumento de la prevalencia de la supuesta común intención de hacer un contrato nuevo, cuando en las declaraciones rendidas al proceso por el mismo actor, acompañadas por el llamado en garantía Carlos Alirio Espitia Cárdenas, se afirma algo completamente contrario, es decir que no hubo contrato nuevo alguno, puesto que la obra adicional había sido ejecutada con anterioridad tanto a la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral como de la propia “Adición”.

En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que, en efecto, lo que realmente se perseguía con el documento llamado “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, era adicionar la obra, el valor y el período de ejecución del Contrato 247 - 95 y no celebrar un nuevo contrato.

3.2.2. Inexistencia de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”.

De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por la Sala⁴⁹, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. N°16.106. Actores: Luz Marina González y otros.

pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción *“cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia.”*

Habida cuenta de lo anterior, en relación con el caso concreto, corresponde a la Sala analizar qué tipo de sanción judicial podría predicarse de la infructuosamente pretendida *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”*, para lo cual se debe principiar por recordar que fue suscrita el día 29 de abril de 1996 y que con anterioridad, el 28 de febrero de 1996, ya se había liquidado el Contrato 247 - 95; esto significa claramente que se pretendió adicionar un contrato que ya estaba liquidado, iniciativa que de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional no es susceptible de reconocimiento jurídico puesto que una vez liquidado el contrato estatal no es posible hacerle adiciones al mismo. Así se desprende de la definición comprendida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y de la interpretación uniforme que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha realizado acerca de los efectos que la liquidación bilateral de un contrato produce sobre la correspondiente relación obligacional; en la norma en cita se precisa que la liquidación bilateral de un contrato constituye un negocio jurídico donde se hacen constar *“los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”*, en consecuencia, por elemental sustracción de materia, cuestión que comporta una imposibilidad tanto ontológica como jurídica, las adiciones no pueden tener lugar después de que tal finiquito ha ocurrido.

En atención a lo expuesto, la Sala considera que la *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”* es inexistente, de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio:

“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”

Pues bien, en la actuación que pretendieron llevar a cabo tanto la sociedad Tracto Casanare Ltda., como el del Departamento de Casanare relacionada con la suscripción de una supuesta *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”*, se advierte la falta de un elemento esencial de los contratos, como es el objeto, puesto que según quedó probado en el expediente, a partir de la declaración del propio representante legal de la compañía contratista, ahora demandante y de los demás elementos probatorios mencionados con anterioridad, la obra que pretendía constituir el objeto material de la *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”* fue ejecutada con anterioridad a la suscripción de éste último documento, por tal razón la *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”* carecía de objeto material y por ello mismo carecía también de objeto jurídico dada la imposibilidad física en que se encontraban las partes para convenir y ejecutar, hacia el futuro, unas obras que ya existían, ya habían sido ejecutadas y ya habían sido liquidadas de manera bilateral y definitiva.

3.2.3. Nulidad por causa ilícita.

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, la Sala considera que de haber llegado a tener existencia la *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”* sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil:

“Artículo 1524.- No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”

De acuerdo con la declaración rendida en el proceso por parte del actor, las obras adicionales fueron ejecutadas en febrero de 1996, a pesar de que no había un documento escrito en el cual se diera cuenta de la adición respectiva, porque el Gobernador de ese entonces, William Pérez, le había dicho a José Emilio Riveros

Riaño, Gerente de Tracto Casanare Ltda., “termine la obra que yo le legalizo”, luego de que el mencionado Gobernador recibiera la solicitud de la comunidad de “terminar la vía y empatar con la entrada a la escuela del Das o vía a Muní que era algo más de un kilómetro”.

En atención a lo anterior, la Sala concluye que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

3.3. Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

La Sala considera necesario explicar que tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, en el presente caso concreto, puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales. En pronunciamiento reciente, la Sección Tercera indicó:

“ ... la Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad-⁵⁰, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por

⁵⁰ “Se trata, sin duda, de un problema complejo, en el que se pone de manifiesto como quizá en ningún otro la tensión existente entre progreso y respeto a las situaciones existentes, entre cambio y tradición, y en el que no podemos detenernos aquí. Sólo señalar que la constitucionalidad de una delimitación de derechos que restrinja los previamente reconocidos dependerá, en buena medida, de su justificación en otros preceptos y valores constitucionales; se impone, pues, ante todo, una ponderación (Abwägung) de los diferentes valores constitucionales en juego. En el caso de que la ponderación justifique la delimitación de derechos, deberá verificarse, en segundo lugar, siguiendo al BVerfG, que la misma resulta desproporcionada al objetivo perseguido, que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad y, señaladamente, el de confianza.” PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración”, Ed. Civitas, Pág. 118.

cuanto, se reitera, la teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

*Entonces, el juez valorará cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado.*⁵¹ (Subrayado fuera de texto)

En el *sub judice* se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal. En efecto, está probado en el plenario, de acuerdo con las declaraciones del representante legal de la misma compañía demandante, que Tracto Casanare Ltda. realizó en febrero de 1996 unas obras adicionales a las originariamente acordadas, sin que hubiere un contrato o un documento de adición que le sirviera de fundamento; que Tracto Casanare Ltda., suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin salvedades o constancias, no obstante que para ese entonces había hecho unas obras adicionales, las cuales no le habían sido reconocidas ni pagadas en virtud del referido documento; que la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, fue suscrita por las dos partes, Departamento de Casanare y Tracto Casanare Ltda., a sabiendas de que no había ninguna obra adicional o nueva para ejecutar, sino que se trataba de utilizar ese instrumento jurídico para “legalizar” una situación irregular ya cumplida.

4. Improcedencia de restituciones entre las partes

La Sala no reconocerá suma adicional alguna al contratista puesto que no se acreditó que hubiere habido obra adicional alguna a las contenidas en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 y no se dejó reserva, salvedad o constancia sobre el particular dentro del texto de la misma. Tampoco procederá la restitución a favor del Departamento de Casanare respecto de la suma que pagó a título de anticipo por la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, en tanto que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir, de la sociedad Tracto Casanare Ltda.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. N° 35.026. Actores: Integral S.A. C.P. Enrique Gil Botero

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 9 de julio de 1998 por el Tribunal Administrativo de Casanare.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda en atención a lo dispuesto en la parte motiva de la sentencia respecto de los efectos del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 y de la inexistencia de la *“Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”*

TERCERO: COMPÚLSENSE copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para lo que sea de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Ruth Stella Correa Palacio
Presidente
Con aclaración de voto

Enrique Gil Botero
Con salvamento de voto

Mauricio Fajardo Gómez

Myriam Guerrero de Escobar

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO - Teoría del enriquecimiento sin justa causa

Las obligaciones pueden tener origen en diversas situaciones consagradas en la ley, la cual podríamos denominar fuente genérica de las mismas. En esa medida, la ley en sentido material consagra aquellos actos, hechos, o situaciones vinculantes que se concretan en la asignación de una prestación en cabeza de una persona o sujeto de derechos, lo que es amparado por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, las obligaciones pueden tener nacimiento directamente de actos jurídicos –v.gr. el contrato o actos unilaterales-, en hechos jurídicos con virtualidad para obligar –v.gr. el ilícito civil, o en la teoría del enriquecimiento sin causa. En ese contexto, para la materialización, cumplimiento y exigibilidad de las prestaciones contenidas en el vínculo obligacional, se torna en necesario determinar cuál es el fundamento que las estructura, con la finalidad de establecer el contenido y alcance de cada una de ellas y, así mismo, identificar la vía idónea mediante la cual se debe deprecar el cumplimiento judicial de aquéllas. En esa perspectiva, no es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, va a determinar la acción a ser ejercida para conseguir la declaración correspondiente. Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden tener su nacimiento en un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante la falta de cumplimiento de ciertas formalidades ad substantiam actus (art. 40 ley 80 de 1993), extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otro tipo de ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento sin justa causa.

ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA – Requisitos

En esa perspectiva, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, razón por la cual se debe compensar dicho detrimento para el segundo. De lo anterior, se colige que según la doctrina y la jurisprudencia (tanto civil como contencioso administrativa), son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C., y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial (motivo por el cual se abre paso la acción de in rem verso). En el caso de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento. En ese orden, en aquellos supuestos en

que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal, no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la orbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos, no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado. En esa medida, existen una serie de consideraciones personales que permiten avalar la línea jurisprudencial trazada desde 1991 y, por consiguiente, controvertir, respetuosamente, la establecida a partir de marzo de 2006 (morigerada, tal y como se mencionó, con la providencia sobre la cual recae la presente aclaración).

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Acción procedente / ACTIO DE IN REM VERSO - No ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones / ACTIO DE IN REM VERSO - Garantiza el acceso a la Administración de Justicia

El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (actio de in rem verso), a diferencia de la postura jurisprudencial que viene del año 2006, no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera que a partir de ella se garantiza el acceso a la administración de justicia (art. 228 de la Constitución Política), para deprecar el amparo jurisdiccional ante un incremento patrimonial de naturaleza injusta.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Eventos que esa teoría ampara

Adicionalmente, y contrario a lo afirmado en el último criterio jurisprudencial que, como se precisó, fue adoptado en el año 2006, no son pocos los eventos que en el ordenamiento jurídico se ven amparados judicialmente gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales podríamos encontrar, entre otros: a) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes). b) Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad. c) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa. d) Cuando opera la denominada conditio ob rem dati, es decir cuando se ha hecho una datio (dación) en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - El particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Al particular no se le puede imponer la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato

El criterio que no se comparte radica, vía jurisprudencial, una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acomodar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisión y la prohibición. Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, pero dicho imperativo de conducta no radica en cabeza de los particulares el deber de ser garantes de la legalidad en la observancia de los procedimientos que deben acatar las autoridades y entidades públicas al momento de celebrar contratos de naturaleza estatal. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario–, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - El contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Son las entidades públicas y sus servidores los que se encuentran obligados a respetar los medios para el perfeccionamiento de los contratos

En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación. En efecto, la legalidad de observancia de los procedimientos contractuales estatales obedece a la necesidad de que la ley señale unos principios y pautas encaminadas a garantizar la transparencia y selección objetiva en la escogencia de los contratistas del Estado, por lo tanto, son las entidades públicas y sus servidores (art. 2º ley 80 de 1993) los que se encuentran obligados a respetar, de manera irrestricta, los medios para el perfeccionamiento de los contratos.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Ausencia de causa

Es claro que con el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento injusto, se hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el acrecentamiento en su patrimonio; en esa medida, con el criterio jurisprudencial que ahora se discute (establecido a partir del año 2006), se radica un privilegio fuera de la ley con el que no cuenta la entidad estatal beneficiaria del servicio prestado, de la obra realizada, o del bien entregado, de mantener en detrimento del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No se ha ocasionado un daño antijurídico al actor

La figura del enriquecimiento sin causa, no supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante –puesto que no se ha ocasionado un daño antijurídico–, sino, simplemente, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998) recomponer o compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro sin que exista soporte que lo justifique.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - La acción in rem verso. Características

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de in rem verso –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos. La acción tiene una serie de características que, a continuación, se exponen: a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado. b) En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil. c) Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJRADO GOMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

Actor: TRACTO CASANARE LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 18 de febrero de 2010, en el proceso de la referencia, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

La Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, por medio de la cual anuló el contrato adicional celebrado entre las partes de este proceso, y ordenó volver las cosas al estado anterior al negocio, con las compensaciones a que hubiera lugar.

Téngase presente que el actor afirma –lo cual encontró probado la Sala- que el 13 de octubre de 1995 celebró con el Departamento de Casanare el contrato de obra pública No. 247–95, el que se liquidó el 28 de febrero de 1996. Luego, el 29 de abril del mismo año se adicionó el anterior contrato, del cual se pagó el anticipo -equivalente al 50%, es decir, \$11'624.197,44-, pero no la suma restante, pese a que el contratista ejecutó las actividades pactadas.

La Sala halló probado dos aspectos, definitivos para resolver el proceso: i) que las actividades incluidas en el contrato adicional realmente se ejecutaron en vigencia del contrato principal –lo cual confirma el mismo representante legal de la empresa contratista, en la declaración rendida en el proceso-, de manera que no era cierto que los trabajos se hubieran ejecutado bajo un contrato denominado “adicional”. ii) De otro lado, como el contrato adicional realmente no correspondía a la realidad, la Sala lo declaró inexistente.

Mi discrepancia con la mayoría de la Sección radica en que, pese a que por los argumentos anteriores se debían negar las pretensiones de la demanda, finalmente debieron prosperar, pero por otras razones, las cuales también desechó la Sala: porque se configuró la teoría del enriquecimiento sin causa, a favor del Departamento y en contra del contratista. Mi posición se funda en el siguiente análisis.

Resulta que en el proceso también se demostró que fue el Departamento de Casanare quien solicitó al actor que ejecutara las actividades adicionales -y que, desde luego, no estaban contempladas en el contrato inicial, pero que eran útiles para sus intereses-. En este sentido, basta observar que al contestar la demanda, la entidad territorial se opuso al pago, porque ya el contrato se había liquidado, sin que el contratista hubiera dejado constancias de inconformidad; luego no podía reclamar perjuicios. No obstante, agregó que quien debía pagar las obras ejecutadas eran los funcionarios que ordenaron su ejecución –el Gobernador encargado y el Secretario de Obras Públicas-.

Esta última afirmación de la entidad demuestra que sí fue ella quien ordenó realizar los trabajos, luego la ejecución no obedeció a la mera liberalidad del contratista –actuando contra la voluntad o sin el conocimiento de la entidad- lo que propició su disminución patrimonial. Es así como, no hay duda de que el Departamento, quien suscribió luego el contrato adicional -para incluir las actividades que el contratista ya había ejecutado-, fue quien condujo a éste a asumir ese comportamiento, con el fin de recibir el pago que con justicia le debían hacer.

Tan inocente como burda fue la estrategia de la entidad, pues luego de liquidar el contrato principal fue que lo adicionó, motivo por el cual tiene razón la Sala en declarar su inexistencia. Sin embargo, yerra al negar que también se configuró un enriquecimiento sin causa, cuando expresa que:

“... tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa..., puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin el cumplimiento de las prescripciones legales...”

“En el caso *sub judice* se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal...” –fl. 36 de la sentencia-

En mi criterio, y al valorar en conjunto las pruebas que obran en el proceso, se concluye que la entidad estatal fue quien concretó y definió la estrategia como podía pagarle al contratista –pero desde luego lo hizo mal-, y fue quien después impartió a éste las instrucciones sobre el procedimiento a seguir para ello. Incluso,

le entregó la mitad del valor del presunto “contrato adicional”, pero cuando el Departamento de Casanare cambió de gobernador todo funcionó mal, como quiera que la nueva administración desconoció los acuerdos, hechos y pactos que hizo su predecesor, y que comprometían patrimonialmente a la entidad.

Incluso, el contratista expresa y admite en su declaración rendida en el proceso - con naturalidad, espontaneidad y sencillez, y por eso creo profundamente en su versión acerca de cómo ocurrieron las cosas-, que las obras se ejecutaron antes de liquidar el contrato original, y lo fue por solicitud del Gobernador –incluso desmintiendo a su apoderado legal-; de manera que por este hecho no se debe patrocinar a las entidades estatales para que ordenen ejecutar trabajos, para luego negar el pago, pues se sabe que el camino para cumplir con el es tan tortuoso, que termina involucrando al contratista, si acaso aspira a que le cancelen los trabajos, los materiales puestos en la obra, el uso de los equipos, el pago de la mano de obra y la utilidad derivada de allí.

En este orden de ideas, el análisis que la Sala hizo -en este caso- de la figura del enriquecimiento sin causa, fue insatisfactorio, pues se limitó a indicar que el contratista participó de la ilegalidad, sin estudiar con rigurosidad las condiciones en las cuales ocurrieron los hechos.

No me cabe la menor duda que el contratista quedó vinculado a la lógica operativa de la administración, que ordenó ejecutar un trabajo sin cumplir con la ley, y luego terminó –necesariamente- involucrándolo en su mundo procedimental y presupuestal, para tratar de cumplirle con el pago, y sobre todo, para evitar dejar al descubierto el comportamiento que conduciría a los servidores públicos implicados en una eventual investigación disciplinaria, fiscal o penal.

Eso aconteció en el caso *sub iudice*, y en honor a la justicia la Sala debió reconocer que Tracto Casanare Ltda. quedó involucrado en una lógica administrativa de la cual no tiene por qué hacerse responsable, puesto que es innegable que las obras adicionales se ejecutaron, y que las disfrutó el Departamento, pese a lo cual ahora le niegan el pago, aunque de buena fe las realizó.

De manera que el comportamiento del contratista, no así el de los funcionarios públicos del Departamento, no alcanzó a constituir siquiera un hecho que

configurara una antijuridicidad material, porque su actuación contribuyó a realizar las finalidades de la administración, sin producirle daño. Por el contrario, incitado por la entidad, y desde su actividad profesional, satisfizo las necesidades colectivas.

En efecto, la entrega de las obras no causó ningún perjuicio, sino un beneficio, además de que legalidad de los procedimientos es un asunto del cual se debe ocupar la administración. Incluso, este tópico se puede analizar desde la óptica de la *antijuridicidad formal y material*, que el derecho penal ha construido para las conductas que hacen parte de su objeto de estudio. En ese sentido, en este otro contexto también se puede sostener que no basta incurrir en una vulneración al ordenamiento jurídico contractual, para negar al particular el derecho al pago de las obras y bienes que de buena fe ejecutó y entregó a la administración. Es necesario que la conducta produzca materialmente un daño, el cual, si acaso existe en el caso concreto, no obedeció a su comportamiento.

En esta perspectiva, considero que el estudio del enriquecimiento sin causa perfectamente puede servirse de este parámetro de análisis, a fin de desentrañar los supuestos donde la intervención del contratista es dañina en sí misma, y aquellos donde no lo es; pues como diría ALFONSO REYES ECHANDÍA: “El concepto de antijuridicidad material no se detiene en la mera contradicción formal conducta-ley, sino que exige violación de los intereses sociales que la norma... tutela. Y agrega que “La teoría mayeriana puso razonado énfasis en la efectiva vulneración de intereses sociales jurídicamente tutelados para asentar sobre esa base la esencia de lo antijurídico...”⁵²

Por esta razón, considero que la ejecución de las obras, por parte del actor -y pedidas por la administración-, ningún mal ha causado a la sociedad ni al ordenamiento jurídico; por el contrario, aquél -de buena fe- entregó los trabajos, que luego disfrutó la comunidad. Me parece inconcebible no pagarle la inversión realizada, con la correspondiente utilidad, a quien ha actuado con buena intención y ahora se le reprocha la conducta debida en beneficio del interés general.

En estos escenarios se requiere determinar cuál es la fuente de las obligaciones llamada a regentar este tipo de controversias, es decir, si ocurrió un daño

⁵² La antijuridicidad. Ed. Temis. Bogotá. 1999, págs. 36 y 38

antijurídico causado por el no pago de las obras ejecutadas por el contratista existiendo el respectivo soporte jurídico o, si por el contrario, operó un traslado patrimonial injustificado a favor de la administración pública, en donde aquél de buena fe obró motivado por la entidad contratante y ejecutó la obra, situación esta última en la que tendrá aplicación el enriquecimiento sin causa y, por lo tanto, sólo habrá lugar a que se compense el detrimento patrimonial respectivo sin reconocer la utilidad correspondiente.

De allí que, resulta oportuno y pertinente identificar, en cada caso concreto, cuál es el origen de la reclamación elevada contra la administración pública, ya que el fundamento jurídico de la misma puede estar estructurado sobre la base de la existencia de un daño antijurídico que resulte imputable a aquélla, en cuyo supuesto habrá que decretar una reparación integral del daño irrogado al contratista o, si ante la ausencia de la responsabilidad contractual, se dió un traslado patrimonial injustificado a favor de la administración pública, motivado por ésta, y amparado en la buena fe de éste, hipótesis en la que habrá lugar a declarar la operatividad de la figura del enriquecimiento sin causa y, consecuentemente la compensación monetaria de la proporción en que se ha disminuido el patrimonio de este último.

Así las cosas, en esta línea de pensamiento el contratista que se ve afectado por el daño antijurídico o por la aminoración patrimonial injustificada, respectivamente, tendrá derecho a la indemnización o compensación correspondiente siempre que su comportamiento haya respetado los postulados de la buena fe objetiva⁵³ y de la confianza legítima⁵⁴.

⁵³ "Corresponde reafirmar: a) la autonomía de la voluntad para contratar sólo puede restringirse cuando vulnere el interés social, afecte la moral o las buenas costumbres, o resulte claramente alterada la proporcionalidad de las prestaciones; b) la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho: todas las personas deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal, en la fase previa a su constitución y en el desenvolvimiento de las ya construidas; c) la buena fe sólo acepta el error inexcusable que es el que

opera sólo cuando el sujeto actuó con la diligencia normalmente exigible para la concreta situación de que se trata.

“(…) Nunca la autonomía de la voluntad es plena, libre y nadie es dueño absoluto y arbitrario para comportarse, en todos los ámbitos y especialmente, en el comercial, según le parezca; siempre estarán arropados los contratantes en los límites y con la luz del principio de buena fe.

“(…) La buena fe, la protección de la confianza, la teoría del propio acto y la lectura abarcativa de las objetivas manifestaciones compatibles, estructuran el cuerpo de los principios generales que ayudan a arribar a la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato y en faz de su ejecutoriedad…” MORELLO, Augusto “Indemnización del daño contractual”, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, 2003, pág. 40 a 42.

⁵⁴ “Una de las consecuencias del deber de obrar y ejercitar los derechos de buena fe, como ya lo expresaríamos, concierne a la exigencia de un comportamiento coherente, según el cual es la persona, dentro de una relación jurídica, la que ha suscitado, con su comportamiento, una confianza fundada en una conducta futura según el sentido objetivamente deducido de la anterior; de donde no debe defraudar la confianza suscitada, con una actuación incompatible con ella.

“(…) Y cuando venimos postulando el respeto bilateral de los intereses que se enlazan en el contrato, en paralelo lo predicamos con la igualdad de trato en el proceso justo; desde la perspectiva axiológica, **el principio de confianza realiza plenamente a la justicia inmediata y pone en registro relevante ese criterio moral de pareja significación**; es una clara respuesta de dar a cada uno lo suyo: **de ahí en más quien crea una expectativa debe satisfacerla o resarcir el daño que cause.**”

“(…) Esta tupida red de vectores no sólo jurídicos sino éticos, señala el camino del cumplimiento o frustración del contrato; pesan determinadamente en la interpretación, y hacen de encofrado axiológico a la hora de discernir la responsabilidad y sustituir la prestación del cumplimiento por la individualización de los daños. Importará, por ende, no olvidarlo.” (Negritas adicionales) MORELO, Augusto Ob. Cit, pág. 65 a 68.

Finalmente, las razones de fundamentación teórica sobre el enriquecimiento sin causa son las siguientes, que por cierto se han expuesto con amplitud en otras ocasiones. Es decir, y teniendo en cuenta el análisis hecho, reitero ahora mi pensamiento sobre el tema, el cual he desarrollado en otras aclaraciones y salvamentos de voto⁵⁵, y que se encuentra contenido en la sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 35026⁵⁶, donde se ha tratado el asunto de la misma manera en que se presenta en esta oportunidad.

“2.1. Fuentes de las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano - teoría del enriquecimiento sin justa causa

“Las obligaciones pueden tener origen en diversas situaciones consagradas en la ley, la cual podríamos denominar fuente genérica de las mismas. En esa medida, la ley en sentido material consagra aquellos actos, hechos, o situaciones vinculantes que se concretan en la asignación de una prestación en cabeza de una persona o sujeto de derechos, lo que es amparado por el ordenamiento jurídico.

“Así las cosas, las obligaciones pueden tener nacimiento directamente de actos jurídicos –v.gr. el contrato o actos unilaterales-, en hechos jurídicos con virtualidad para obligar –v.gr. el ilícito civil-, o en la teoría del enriquecimiento sin causa.⁵⁷

⁵⁵ Salvamento de voto. Auto 21 de mayo de 2008. Sección Tercera. Consejo de Estado. Rad. 520012331000200601764 01. C. P. Myram Guerrero de Escobar; Salvamento de voto. Sentencia de marzo 26 de 2008. Sección Tercera. Consejo de Estado. Exp. 16.152. C. P. Mauricio Fajardo Gómez; Aclaración de voto. Sentencia de julio 30 de 2008. Sección Tercera. Consejo de Estado. Exp. 15.079. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 35.026, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁷ Artículo 1494 Código Civil.- “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de

“En ese contexto, para la materialización, cumplimiento y exigibilidad de las prestaciones contenidas en el vínculo obligacional, se torna en necesario determinar cuál es el fundamento que las estructura, con la finalidad de establecer el contenido y alcance de cada una de ellas y, así mismo, identificar la vía idónea mediante la cual se debe deprecar el cumplimiento judicial de aquéllas.

“En esa perspectiva, no es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, va a determinar la acción a ser ejercida para conseguir la declaración correspondiente.

“Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden tener su nacimiento en un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante la falta de cumplimiento de ciertas formalidades *ad substantiam actus* (art. 40 ley 80 de 1993), extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otro tipo de ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento sin justa causa.

“En relación con la fuente de las obligaciones relativa al enriquecimiento sin justa causa, la doctrina nacional ha puntualizado:

“Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro es que tal situación está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con

una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de una misma familia.”

el delito o cuasidelito. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de las que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla del dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesoria, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa.

“Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo que se ha enriquecido proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.”⁵⁸ (subrayado adicional de la Sala).

“En esa perspectiva, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la

⁵⁸ OSPINA Fernández, Guillermo “Régimen General de las Obligaciones”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 42 y 43.

misma proporción se empobrece de manera injustificada⁵⁹, razón por la cual se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

“De lo anterior, se colige que según la doctrina y la jurisprudencia (tanto civil como contencioso administrativa), son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C., y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial (motivo por el cual se abre paso la *actio de in rem verso*).

“En el caso de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento.⁶⁰

⁵⁹ “(...) [E]l enriquecimiento injusto o sin causa –términos que para los autores son indudablemente sinónimos- es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa.” (negritas fuera del texto original) DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, Ed. Civitas, 1988, Madrid, Pág. 33.

⁶⁰ “Art. 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...”

“De otro lado, y sobre el particular, el artículo 1500 del Código Civil, preceptúa:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el solo consentimiento.”

“En ese orden, en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal, no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la orbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos, no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera, sobre la teoría del enriquecimiento sin justa causa ha señalado:

“La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se juzga, siempre y cuando se reúnan exigencias tales como la existencia de un enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezcan de causa jurídica, la buena fe en la actuación y en la inexistencia de otra acción que permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha edificado la procedencia de la actio de in rem verso. Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1o. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no

rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.”⁶¹

“Y, de otra parte, en relación con la prestación material de un servicio o ejecución de una obra sin que exista negocio jurídico de por medio, la Corporación puntualizó:

“La pretensión por enriquecimiento sin causa, tiene su fundamento básico, en casos como el que ahora ocupa a la Sala, en la prestación de un servicio, el suministro de bienes, o, la confección de alguna obra en beneficio del ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios, a más de no poder hacer valer la acción consagrada por el art. 87 del C.C.A., titulada "de las controversias contractuales", por la elemental razón de no existir negocio jurídico como fuente de obligaciones que gobierne la situación planteada. **Así las cosas, el administrado ve disminuido su patrimonio, en tanto que la administración ve aumentado el suyo, y ésta se favorece por contera al no pagar las sumas correspondientes, sin que exista para ello fundamento ni causa legales. Allí, precisamente se justifica que intervenga la jurisdicción para que, a petición de quien se sienta lesionado en sus intereses, ordene la restitución o restablecimiento del indebido acrecimiento del patrimonio estatal a la parte empobrecida. Doctrinariamente se ha denominado a esta acción como actio in rem verso y jurisprudencialmente ese enriquecimiento sin causa se ha acogido como fuente de obligaciones.**”⁶²(resalta la Sala).

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 1991, exp. 6103, M.P. Daniel Suárez Hernández.

“En esa medida, existen una serie de consideraciones personales que permiten avalar la línea jurisprudencial trazada desde 1991 y, por consiguiente, controvertir, respetuosamente, la establecida a partir de marzo de 2006 (morigerada, tal y como se mencionó, con la providencia sobre la cual recae la presente aclaración).

“Los fundamentos jurídicos y fácticos de tal corolario, son los siguientes:

“1. El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (*actio de in rem verso*), a diferencia de la postura jurisprudencial que viene del año 2006, no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera que a partir de ella se garantiza el acceso a la administración de justicia (art. 228 de la Constitución Política), para deprecar el amparo jurisdiccional ante un incremento patrimonial de naturaleza injusta.

“Adicionalmente, y contrario a lo afirmado en el último criterio jurisprudencial que, como se precisó, fue adoptado en el año 2006, no son pocos los eventos que en el ordenamiento jurídico se ven amparados judicialmente gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales podríamos encontrar, entre otros:

“a) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes).

“b) “Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.”⁶³

⁶³ DE CASSO Romero, Ignacio y CERVERA, Francisco “Diccionario de Derecho Privado”, Ed. Labor S.A., Tomo I, 1950, Pág. 1793

“c) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.⁶⁴

“d) Cuando opera la denominada *condictio ob rem dati*, es decir cuando se ha hecho una *datio* (dación) en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada.⁶⁵

“2. El criterio que no se comparte radica, vía jurisprudencial, una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acompañar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisón y la prohibición.⁶⁶

“Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, pero dicho imperativo de conducta no radica en cabeza de los particulares el deber de ser garantes de la legalidad en la observancia de los procedimientos que deben acatar las autoridades y entidades públicas al momento de celebrar contratos de naturaleza estatal. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario–, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ PETIT, Eugene “Derecho Romano” Ed. Porrúa, Pág. 453.

⁶⁶ Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

“En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación.

“En efecto, la legalidad de observancia de los procedimientos contractuales estatales obedece a la necesidad de que la ley señale unos principios y pautas encaminadas a garantizar la transparencia y selección objetiva en la escogencia de los contratistas del Estado, por lo tanto, son las entidades públicas y sus servidores (art. 2º ley 80 de 1993) los que se encuentran obligados a respetar, de manera irrestricta, los medios para el perfeccionamiento de los contratos.

“Adicionalmente, resulta oportuno señalar que según la perspectiva de la lógica económica y de mercado, el particular actúa de un modo totalmente disímil a como lo hacen las entidades e instituciones públicas; lo anterior, como quiera que al particular –que se mueve en una economía de mercado global–⁶⁷ le interesa

⁶⁷ “La economía de mercado, según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economía de recursos... Y como notas distintivas de la economía de mercado, que la diferencian de cualquier otros orden de producción, se señalan:

“a) La existencia de un intercambio de bienes o de servicios en forma libre y voluntaria.

prestar un mayor número de servicios o de actividades propias de su objeto comercial, con el fin de obtener un incremento de su presencia en el mercado y, consecuentemente, ampliar el margen de ganancias.

“En esa dirección, la teoría que se cuestiona, pone al particular en una situación de especial sujeción, en cuanto le asigna el deber jurídico –que como se manifestó es inexistente– de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales y técnicos mediante los cuales la entidad pública debe contratar. Entonces, antes que cualquier cosa, al particular se le exigiría que hiciera un estudio juicioso del régimen y modalidad de contratación de la entidad estatal (contratante - que solicita el servicio o la obra), para saber si el organismo público está acatando o no los procedimientos legales.

“Sin lugar a dudas, la exigencia así establecida se torna inadmisibles, como quiera que el sujeto de derecho privado interviene bajo la óptica de negocios, razón por la cual ante la solicitud que eleva una entidad pública para que se preste un servicio, se desarrolle determinada obra, o se venda un determinado bien, lo cierto es que el particular no tiene la obligación de requerir a la entidad estatal para que cumpla estrictamente sus obligaciones legales y reglamentarias en materia de contratación pública; esta obligación, como ya se señaló no puede hacerse extensiva al sujeto particular de la relación jurídico negocial.

“3. Es claro que con el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento injusto, se hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el acrecentamiento en su patrimonio⁶⁸; en esa medida, con el criterio jurisprudencial que ahora se discute (establecido a partir del año 2006), se radica un privilegio fuera de la ley con el que no cuenta la entidad estatal beneficiaria del servicio prestado, de la obra

“b) La ausencia de coerción arbitraria, necesaria para permitir el desarrollo expedito de la competencia, con la cual se garantiza la eficiencia del mercado.”
MOSSET Iturraspe, Jorge “Como contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Pág. 75 y 76.

⁶⁸ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean “Tratado de Derecho Civil”, Ed. La ley, Buenos Aires, Tomo de Obligaciones 2ª parte, Pág. 264.

realizada, o del bien entregado, de mantener en detrimento del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado.

“4. La figura del enriquecimiento sin causa, no supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante –puesto que no se ha ocasionado un daño antijurídico–, sino, simplemente, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998) recomponer o compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro sin que exista soporte que lo justifique.

“5. Existe norma sustancial que establece que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, consagrada expresamente en el artículo 831 del Código de Comercio, disposición esta que resulta aplicable de forma directa –ni siquiera de manera supletoria o subsidiaria– en materia de contratos estatales, según lo establecido en el inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, regla jurídica que preceptúa:

“Los contratos que celebren las entidades públicas a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”

“Y si bien, podría argumentarse que en eventos en los cuales se invoca la teoría del enriquecimiento sin justa causa no existe contrato celebrado de por medio, es importante señalar que dicha remisión normativa que efectúa la ley 80 debe entenderse en forma extensiva no sólo en cuanto tiene que ver con el contrato celebrado, sino también en relación con el proceso precontractual o con los posibles acuerdos de voluntades –negociales– en los que intervenga una entidad estatal.

“6. Dicha postura desconoce, igualmente, el postulado de la buena fe⁶⁹ enunciado en el artículo 83 de la Carta Política⁷⁰, según el cual aquélla se presume en todo

⁶⁹ Entendido éste como el conjunto de parámetros de honradez y lealtad con que deben obrar las partes que intervienen en las relaciones jurídicas y

tipo de actuación que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, situación que se armoniza con la presunción de inocencia –principio constitutivo del debido proceso, este último aplicable igualmente en materia administrativa–⁷¹.

“La anterior apreciación, en la medida que la posición jurisprudencial adoptada desde el año 2006 parte, *prima facie*, de la calificación malintencionada del particular que intervino en el acuerdo de voluntades que desencadenó el enriquecimiento injusto en cabeza de la administración. Entonces, si bien la administración pública en estos supuestos genera una expectativa (la del pago de una labor contratada) a favor del particular, en términos del principio de confianza legítima⁷², lo lógico y procedente es reconocer, al menos, en cabeza del sujeto particular el valor o costo del beneficio obtenido por la entidad pública que motivó con su conducta la prestación del servicio o el desarrollo de determinada obra.

sociales, cuyo incumplimiento acarrea determinadas sanciones previamente establecidas por el orden social, político, económico o jurídico.

⁷⁰ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

⁷¹ Art. 29 C.P.: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“(…) Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...”

⁷² “Lo que ocurre es que la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos, y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de este componente insoslayable... De allí que cuando se invoque la existencia de una situación de confianza legítima, deberá demostrar, entre otras cosas, que de su parte se adoptó una actitud digna de un eficiente empresario o comerciante, o de un buen padre de familia. Es decir, se exige no sólo ausencia de mala fe para que pueda configurarse la protección de la confianza, sino una conducta propia de una persona adulta y responsable.” JORGE Coviello, Pedro José “La protección de la confianza del administrado”, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 408 y 409.

“Bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, el centro del ejercicio del poder, así como el objetivo de las políticas públicas, es la satisfacción y realización efectiva de los derechos de los asociados y, principalmente, de la persona como eje estructural de la sociedad; en esos supuestos, el Estado en el desarrollo de sus diversas actuaciones debe procurar la materialización de los derechos de los individuos y el respeto por las garantías públicas, de tal suerte que no resulta admisible que la administración pública se beneficie ilegal e injustamente de comportamientos que parten de su propia conducta, en tanto que para que opere la figura del enriquecimiento sin causa, es necesario que la actividad del particular haya sido motivada, previamente, por un acto propio de la administración que genera una expectativa (expectativas racionales objetivas) del particular⁷³.

“De conformidad con lo anterior, no resulta viable que se acepte la posibilidad de que la entidad pública, mediante la materialización de un acto propio, dé configuración a un interés radicado en cabeza de un determinado sujeto de derecho, para con posterioridad, ir en contra de su misma actuación, en el sentido de beneficiarse de las labores adelantadas por el particular sin que se acarree ningún tipo de consecuencia negativa para la administración.

“Por consiguiente, en mi criterio, el enriquecimiento sin justa causa puede ser invocado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración y, por consiguiente, la respectiva parte no cuente con una fuente clara para reclamar el cumplimiento de una determinada

⁷³ La teoría del respeto por las expectativas razonables aunque se deriva, en principio, de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, lo cierto es que, con el paso del tiempo, se ha imbricado en el derecho continental, a efectos de brindar una herramienta idónea que permita satisfacer los intereses que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente (en los contratos por adhesión), o el proponente - oferente, al momento de celebrar un contrato, o negociar las condiciones del mismo (tratos preliminares). Sobre el particular consultar: BALLESTEROS Garrido, José Antonio “Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad”, Ed. J.M. Bosch, Biblioteca de Derecho Privado No. 89.

obligación compensatoria, así como tampoco con una acción autónoma e independiente que permita materializar dicho propósito.⁷⁴

“No obstante lo anterior, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad–⁷⁵, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio, se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por cuanto se reitera, la teoría del enriquecimiento sin

⁷⁴ “Hay que renunciar, pues, a reducir el enriquecimiento sin causa a una teoría más general; ya se la haga descansar en la idea del riesgo, ya en la de equivalencia, ya en la de causa, ya en el deber moral, **se debe reconocer a esta construcción jurídica su autonomía en relación a fórmulas más amplias, de las que procede moralmente más bien que jurídicamente: en realidad, es de origen consuetudinario; es un producto de las costumbres y de la jurisprudencia, y esto es lo que explica su carácter de necesidad, así como también las fluctuaciones de que ha sido objeto en doctrina lo mismo que en jurisprudencia.**” (negritas fuera del texto original) JOSSERAND, Louis “Derecho Civil – Obligaciones y Contratos” Ed. Jurídica Europa – América, Buenos Aires, Pág. 455.

⁷⁵ “Se trata, sin duda, de un problema complejo, en el que se pone de manifiesto como quizá en ningún otro la tensión existente entre progreso y respeto a las situaciones existentes, entre cambio y tradición, y en el que no podemos detenernos aquí. Sólo señalar que la constitucionalidad de una delimitación de derechos que restrinja los previamente reconocidos dependerá, en buena medida, de su justificación en otros preceptos y valores constitucionales; se impone, pues, ante todo, una ponderación (*Abwägung*) de los diferentes valores constitucionales en juego. En el caso de que la ponderación justifique la delimitación de derechos, deberá verificarse, en segundo lugar, siguiendo al *BVerfG*, que la misma resulta desproporcionada al objetivo perseguido, que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad y, señaladamente, el de confianza.” PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración”, Ed. Civitas, Pág. 118.

causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

“Entonces, el juez deberá analizar cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede tan groseramente el ordenamiento jurídico de tal forma que su comportamiento fue el directo desencadenante del traslado patrimonial; situación esta en la cual, dicho detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado.

“El planteamiento esbozado se puede comprender mejor a través de algunos ejemplos derivados de la experiencia, entre los que encontramos, los siguientes:

“a) Eventos en los cuales la administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) dirigidos a mover el interés del particular en el desarrollo de determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio: En estos supuestos, sin lugar a dudas, habrá lugar a analizar la actividad del particular para determinar la forma como intervino en las tratativas con la entidad pública, para a partir de allí establecer si hay lugar a decretar las compensaciones correspondientes.

“b) Situaciones en las cuales, la entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable dada la ausencia de algún requisito para tal propósito (v.gr. registro presupuestal o el otorgamiento de pólizas): En estas hipótesis el juez deberá determinar en cada caso, la conducta desplegada por la entidad pública, así como la desarrollada por el particular, toda vez que, por ejemplo, este último no tiene porque asumir la carga de la falta de registro presupuestal como evento de inejecución del contrato estatal, ya que dicho procedimiento es de aquellos que corresponden única y exclusivamente a la administración pública.

“c) Circunstancias en las cuales, la administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio, sin que medie contrato estatal: En cada caso concreto, habrá lugar a que el operador judicial valore la actitud del particular, la buena o mala fe de su comportamiento en los tratos preliminares, y la

labor ejecutada; con el fin de ponderar toda esa serie de factores, y así precisar si hay lugar a la recomposición patrimonial.

“d) Eventos en los cuales, el particular ejecuta una obra, *motu proprio*, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello: En esta hipótesis, es claro que el particular, por sí mismo, sin la intervención previa de la voluntad estatal, ejecuta una obra o presta un servicio sin el consentimiento de la entidad pública; bajo este supuesto, aquél no tendrá derecho a que se le reconozca suma de dinero alguna, o recomposición patrimonial, como quiera que fue su comportamiento individual y directo (unilateral) el que lo colocó en la situación de detrimento patrimonial. En ese contexto, en estos casos, el enriquecimiento de la entidad pública no es injustificado, sino que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

“2.2. La acción *in rem verso* (*actio de in rem verso*)

“El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la *acción de in rem verso*⁷⁶ –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos.

“La acción tiene una serie de características que, a continuación, se exponen:

“a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado.

“Sobre este elemento definitorio, la doctrina autorizada ha precisado:

⁷⁶ “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.

“La misma tiene por objeto no permitir a una persona enriquecerse sin causa legítima, a costa de otra.” CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Pág. 122.

“La jurisprudencia, adoptando la fórmula de Aubry y Rau ha determinado que la acción sólo puede ser iniciada si el demandante no dispone de ninguna otra acción surgida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito...”⁷⁷

“b) En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil.

“c) Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

“Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio.

“Es por lo anterior que se debe precisar, que la forma idónea y exacta de presentar la acción *in rem verso* (*actio de in rem verso*) es de manera autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. —esta última de naturaleza indemnizatoria-⁷⁸.

⁷⁷ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean Ob. Cit., pág. 267.

⁷⁸ “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado

“Así las cosas, la acción in rem verso halla su fundamento en el propio articulado del Código Civil, y es posible interponer la misma dentro de los términos de prescripción y caducidad contenidos en dicho estatuto normativo.

“d) El término de caducidad de la acción in rem verso, dadas las anteriores consideraciones, será de 10 años según lo preceptuado en el artículo 2536 *ibídem*, según el cual:

“Modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:”

“La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

“La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

“Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

“En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rijan por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal –en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.⁷⁹

o no ventajas al responsable.” DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

⁷⁹ Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de

(...)

“Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que en la demanda y en el recurso de apelación la parte demandante invocó de manera expresa la figura del enriquecimiento sin causa, planteamientos que no fueron abordados en la providencia que terminó finalmente aprobada por la Sala.”⁸⁰

En estos términos dejo sustentada mi diferencia con la posición mayoritaria.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO

NEGOCIO JURIDICO - Inexistencia / INVALIDEZ - Vicio insubsanable y declarable de oficio / NULIDAD ABSOLUTA - Causa ilícita

La ineficacia del negocio jurídico comporta que éste no produce efectos, o que por el motivo que fuere deja de producir los efectos que le son propios, distinguiéndose, varias figuras dentro de esta noción con significación diversa. Ahora bien, la noción de inexistencia es una de aquellas que ha dado lugar a profundos debates en la doctrina; se dice que ella se identifica con la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico, que implica desde el inicio su negación y que está por fuera de cualquier calificación jurídica, de manera que se constituye por una circunstancia que les resta de efectos, sin necesidad de que medie una acción judicial declarativa para que se presente; mientras que, tratándose de la

caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. **Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.**” (negrillas adicionales).

⁸⁰ GIL BOTERO, Enrique. Salvamento de voto. Auto 21 de mayo de 2008. Sección Tercera. Consejo de Estado. Rad. 520012331000200601764 01. C. P. Myram Guerrero de Escobar.

invalidez y dentro de ésta la denominada nulidad, se requiere de una valoración normativa del negocio para determinar la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico, lo cual significa que si se presenta el vicio establecido en el ordenamiento, se niega la relevancia ordinaria del contrato por ser contrario a alguna norma que lo disciplina, constituyéndose en una sanción, que debe ser declarada judicialmente.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la ineficacia del negocio jurídico, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp.15.052.

NEGOCIO JURIDICO - Fenómenos jurídicos que le restan eficacia / CONTRATO - Elementos esenciales

i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 892 y 898 del Código de Comercio. En cuanto a los elementos que estructuran los contratos del derecho privado, que son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, se dividen en generales (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil, cuya validez son también imprescindibles para su eficacia, como se verá más adelante); y específicos, que a su turno, se clasifican en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 ejusdem). Desde el punto de vista específico, los elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que la previenen, so pena de inexistencia o conversión (artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio); los elementos naturales, constituyen el contenido de suyo integrante del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que las mismas, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establece, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio); y los elementos accidentales, esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente. ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa, sanción legal que en uno u otro evento requiere de declaración judicial (artículos 1502 y 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993).

NULIDAD DEL CONTRATO - Categorías

La nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo. Así, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial, es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa. d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas

formalidades, ad solemnitatem, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades ad substantiam actus. De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo). El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.).

NEGOCIO JURIDICO - Inexistencia / NEGOCIO JURIDICO - Invalidez

En conclusión, la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico. En otros términos, aunque la Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público, esta actividad para su eficacia debe cumplir con el ordenamiento jurídico para que tengan relevancia y efecto, y también respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 1518 C.C.). Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o degeneraría en otro (art. 1501 C.C.), como de validez, previstos en el orden jurídico; y dentro de los requisitos de validez se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C). Así las cosas, considero que la “Adición al contrato de obra pública No. 247 - 95” estudiado es ineficaz, pero no por inexistencia de este negocio jurídico, dado que contrario a lo sostenido por la posición mayoritaria de la Sala, el mismo tenía un objeto: “pago de precio por la realización de una obra”, sino porque sobre él pesa una causal de nulidad absoluta por causa ilícita según el artículo 1524 del Código Civil, por cuanto, como quedó demostrado, tenía por causa la intención contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, de dar apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de los requisitos establecidos para la contratación pública en las normas presupuestales y en la Ley 80 de 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJRADO GOMEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

Actor: TRACTO CASANARE LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la Sentencia de 18 de febrero de 2010, en cuanto niega las pretensiones de la demanda y ordena compulsar copias a las autoridades penales disciplinaria y fiscal correspondiente, me permito aclarar voto en relación con las consideración expresada en la parte motiva del fallo, según la cual la “Adición al contrato de obra pública No. 247 - 95” estudiado por la Sala es inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales, como es el objeto, por cuanto al haberse liquidado el contrato de obra que se dijo adicionar y al haberse realizado las obras con anterioridad a su celebración, significa que no tenía objeto jurídico y físico.

Mi discrepancia con el anterior criterio expresado en la decisión adoptada por la mayoría, estriba en que, aun cuando participo de la idea de que resulta claro que el negocio jurídico examinado por la Sala resulta ineficaz, entiendo que a esa consecuencia se llega no por la figura de la inexistencia sino porque el mismo es inválido, dado que está afectado por un vicio insubsanable y declarable de oficio, como lo es la nulidad absoluta por causa ilícita, de conformidad con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, recuérdese, que la ineficacia del negocio jurídico comporta que éste no produce efectos, o que por el motivo que fuere deja de producir los efectos que le son propios, distinguiéndose, varias figuras dentro de esta noción con significación diversa, tal y como se explica en el siguiente pasaje doctrinal:

“[L]a ineficacia tiene varios significados: uno amplio, equivalente a la falta de efectos; comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto, y uno restringido: supresión o atenuación de sus efectos finales, que presupone un comportamiento relevante, y, además, válido”.

(...)

“[E]l negocio jurídico es inexistente como tal cuando no recorrió a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducida al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva de intereses es irrelevante cuando en la práctica el supuesto de hecho es incompleto o resulta contradictorio y esa falta de plenitud o antinomía no puede conducir más que a la nada en el campo negocial...”

(...)

Por ello, en principio no hay una acción declarativa de la inexistencia, aun cuando en un momento dado sea menester un pronunciamiento de accertamiento (constatación) que elimine toda duda al respecto y se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones ocurridas en el entretanto (vuelta las cosas al *status quo ante*, artículo 1746 del Código Civil).

La invalidez significa un juicio de disvalor; comparado el comportamiento realizado con los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra en una contraposición, que impone un juicio negativo. La invalidez, comprensiva de las nulidades absoluta y relativa (ésta, *rectius*, anulabilidad), obedece a una ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por la ley, éstos como fundamentales y aquélla como merecedora de tamaña reacción, lo cual exige tener en cuenta, a la vez, la previsión normativa en materia de requisitos (...) y de sanciones (...). La invalidez presupone relevancia (...) [Y] es una reacción sancionatoria del ordenamiento ante quebrantos graves a sus dictados o desatenciones, similarmente graves de su orientación ético política.”

La nulidad es la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto el futuro como el pasado...”⁸¹

Ahora bien, la noción de inexistencia es una de aquellas que ha dado lugar a profundos debates en la doctrina⁸²; se dice que ella se identifica con la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico, que implica desde el inicio su negación y que está por fuera de cualquier calificación jurídica, de manera que se constituye por una circunstancia que les resta de efectos, sin necesidad de que medie una acción judicial declarativa para que se presente; mientras que, tratándose de la invalidez y dentro de ésta la denominada nulidad, se requiere de una valoración normativa del negocio para determinar la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico, lo cual significa que si se presenta el vicio establecido en el ordenamiento, se niega la relevancia ordinaria del contrato por ser contrario a alguna norma que lo disciplina, constituyéndose en una sanción, que debe ser declarada judicialmente.

En este mismo sendero, la Sala, en Sentencia de 7 de marzo de 2007 (Exp.15.052), a propósito de las diferencias de las figuras anotadas que comportan la ineficacia del negocio jurídico, se pronunció en los siguientes términos:

“[E]n el negocio jurídico, y en particular su categoría mayúscula el contrato, la conducta es valorada, interpretada y calificada por el ordenamiento jurídico para asignarle los efectos jurídicos deseados por los sujetos que en el mismo intervienen, siempre que se observen los límites fijados a la actividad dispositiva, el contenido legal dispuesto para el tipo negocial, la normatividad imperativa o de orden público (*ius cogens*) y las buenas costumbres. Luego de tal evaluación, la ley sitúa la conducta dispositiva y convergente de las partes del negocio jurídico en el tipo que mejor corresponda, para darle la trascendencia que le merezca en el mundo del derecho (1501, 1602, 1603, 1618 del Código Civil), es decir, la norma recepciona la

⁸¹ HINESTROSA, Fernando, Derecho Comercial Colombiano, Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, Págs. 191 a 212.

⁸² SCONGNAMIGLIO, Renato, Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 1982, Págs. 299 y ss. 305, 307 y ss.

conducta de los sujetos, verifica que su contenido se ajuste a sus determinaciones y le asigna sus efectos, o en caso contrario le resta la relevancia pretendida.⁸³

Por lo tanto, **el negocio jurídico -y dentro de él su modalidad por excelencia el contrato-, como fuente de obligaciones que importa al ordenamiento, se mueve en extremos o situaciones en los que se predica su existencia o inexistencia, su validez o invalidez y, en sentido general, su eficacia o ineficacia, conceptos que, de suyo, difieren por sus particularidades y alcances en el mundo de la causalidad jurídica.**

La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen.

“(…)

En suma, la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento – inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades -invalidez-; o por circunstancias que le inhiben relevancia -condiciones o situaciones subordinantes-
(…)
(…)

⁸³ Nota de la Providencia Transcrita: “Ver: HINESTROSA, Fernando. Ob. cit. y BETTI, Emilio, Ob cit.”

De ahí que, para que un contrato sea patrocinado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función práctico social que está llamado a cumplir.

Contrario sensu, en el evento de carecer o no reunir todos los elementos o requisitos esenciales previstos por el orden jurídico, el contrato puede ser inexistente o resultar invalido por ser valorado negativamente, según el caso, y no está llamado a producir ninguno de los efectos de los deseados de acuerdo con el primer calificativo o éstos pueden ser truncados según el segundo, dependiendo de la índole del mismo (...)

(....)

A manera de conclusión, a propósito de la producción de los efectos del negocio jurídico, se desprenden las posibilidades a saber: i) el negocio puede ser inexistente, lo que ocurre cuando no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades *ad substantiam actus*, ii) las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial⁸⁴; y iii) el negocio es nulo o anulable, o sea, que reuniendo los elementos esenciales de existencia, esto es, nacido a la vida jurídica, le falta uno o varios

⁸⁴ Nota de la Providencia Transcrita: "A manera de ejemplo el numeral 5 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, previó esta sanción legal para cuando se vulnere alguna de las pautas y reglas establecidas por el legislador en la elaboración y contenido de los pliegos de condiciones o términos de referencia o en los contratos de la administración pública, así: "*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.*"

requisitos o presupuestos para su validez. En los dos primeros casos, se priva totalmente y *ab initio* los efectos del negocio; en el último, produce efectos hasta tanto sean destruidos en virtud de una sentencia judicial que declare la nulidad absoluta o relativa del contrato o parte de él. ”⁸⁵-Negrilla por fuera del texto original-

Siguiendo la doctrina citada y la jurisprudencia transcrita, cabe precisar los siguientes fenómenos jurídicos que le restan eficacia al negocio jurídico:

i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 892 y 898 del Código de Comercio, que rezan:

“ART. 1501.[de C.C.] Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

“ART. 897. [del C.Co].- Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

“ART. 898. [del C. Co].- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15.052, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

En cuanto a los elementos que estructuran los contratos del derecho privado, que son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, se dividen en generales (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil, cuya validez son también imprescindibles para su eficacia, como se verá más adelante); y específicos, que a su turno, se clasifican en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 *ejusdem*).

Desde el punto de vista específico, los elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que la previenen, so pena de inexistencia o conversión (artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio); los elementos naturales, constituyen el contenido de suyo integrante del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que las mismas, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establece, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio); y los elementos accidentales, esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente.

ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa, sanción legal que en uno u otro evento requiere de declaración judicial (artículos 1502 y 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993).

De conformidad con el Código Civil los requisitos o presupuestos para que un acto sea válido son:

“ART. 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”⁸⁶

Por su parte, los artículos 6 y 1740 del Código Civil, establecen

“Artículo 6.- La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

La nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo, como se puede deducir del siguiente texto legal previsto en el Código Civil:

“Artículo 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

⁸⁶ Además, de ciertas formalidades *ad solemnitatem* impuestas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (art. 1500 C.C.), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las *ad substantiam actus*.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

A su vez, el Código de Comercio en armonía con la legislación civil, preceptúa:

“ART. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

“1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

“2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

“3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

Así, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial, es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa. d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.⁸⁷

⁸⁷ Incluso en el Código de Comercio también debe predicarse tal situación jurídica como lo anota el profesor Fernando Hineirosa en la obra antes citada (Págs. 200 y 201), cuando se pregunta por la suerte de los negocios jurídicos cuando falte uno de los elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa, en el lenguaje y presentación ordinarios, con el agregado de la solemnidad *ad substantiam actus* defectuosa) así: “¿no habiendo sido incluidas esas hipótesis dentro de las causales de nulidad absoluta () en el artículo 899, y refiriéndose el artículo 898 a la falta de elementos esenciales a propósito de la inexistencia, habría entonces que pensar que son

De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.)

Se precisa, de otro lado, que los artículos 1741 y 1742 del Código Civil, en materia de contratos celebrados por la Administración, se acogieron primero en el Decreto Ley 222 de 1983 en sus artículos 78 y 79, y luego en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 44 y ss., así como en el artículo 87, subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989, artículo 17, y luego modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que se refiere a las controversias contractuales y a sus nulidades. Actualmente el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consagra las causales que dan lugar la nulidad absoluta del contrato estatal, en los siguientes términos:

“Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

inexistentes? Todo persuade lo contrario. Lo que ocurre es que la redacción legislativa no puede tomarse al pie de la letra y en oportunidades, como ésta, muestra deficiencias explicables, de modo que no sólo la ilicitud y la incapacidad absoluta generan nulidad (absoluta), sino que, cual ocurre en el Código Civil, por lo demás aplicables por *analogía legis* (artículo 2, Código de Comercio) [y en aplicación del derecho civil artículo 822 *ibídem*] dan lugar a ella la ausencia, la imposibilidad y la indeterminación del objeto (inidoneidad).

1o. Se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;
y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

Como puede apreciarse, la norma reproducida acogió como causales de nulidad de los contratos estatales las establecidas en el derecho común, y adoptó otras específicas.

En conclusión, la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

En otros términos, aunque la Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público, esta actividad para su eficacia debe cumplir con el ordenamiento jurídico para que tengan relevancia y efecto, y también respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 1518 C.C.). Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o degeneraría en otro (art. 1501 C.C.), como de validez, previstos en el orden jurídico; y dentro de los requisitos de validez se encuentra la capacidad de las

partes para obrar⁸⁸; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C).

Así las cosas, considero que la “Adición al contrato de obra pública No. 247 - 95” estudiado es ineficaz, pero no por inexistencia de este negocio jurídico, dado que contrario a lo sostenido por la posición mayoritaria de la Sala, el mismo tenía un objeto: “pago de precio por la realización de una obra”, sino porque sobre él pesa una causal de nulidad absoluta por causa ilícita según el artículo 1524 del Código Civil, por cuanto, como quedó demostrado, tenía por causa la intención contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, de dar apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de los requisitos establecidos para la contratación pública en las normas presupuestales y en la Ley 80 de 1993.

No sobra subrayar, que la postura indicada en nada alteraría la decisión final que adoptó la Sala de desestimar las súplicas de la demanda y que comparto, toda vez que en el caso concreto no es posible que las pretensiones del actor pudieran ser acogidas ante la invalidez del negocio jurídico fuente de la controversia, situación que, de todas formas, se contempló en la providencia, en tanto en ella se consideró que de haber existido el contrato adicional, el mismo se encontraba afectado de nulidad absoluta por causa ilícita, por la razón expuesta de dar apariencia de legalidad a unos hechos cumplidos.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO

⁸⁸ En los contratos estatales también es menester verificar la competencia legal de las autoridades para celebrar el respectivo negocio jurídico.