

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCION C

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

Bogotá D.C veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación: 73001-23-31-000-1999-02388-01

Expediente: 23.362

**Demandante: EDUARDO ARIAS CRUZ Y JORGE
DUARTE OJEDA**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE
ADECUACIÓN DE TIERRAS "INAT"**

Proceso: Acción contractual

Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 15 de octubre de 1999¹ contra el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras “INAT”, los señores Eduardo Arias Cruz y Jorge Duarte Ojeda pidieron que se declarara el incumplimiento del contrato de obra que dicen haber celebrado el 9 de noviembre de 1995 con la entidad aquí demandada y que como consecuencia de esta declaración se decretara la resolución del mencionado contrato y se condenara a la accionada a pagar, debidamente indexado, el valor correspondiente a todos los perjuicios materiales que causó con su incumplimiento.

Estimaron la cuantía en \$1.758.916.150.32 pues a juicio de los demandantes este es el valor del daño emergente que han padecido.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Los demandantes aducen los siguientes hechos:

El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras “INAT” y el consorcio integrado por Eduardo Arias Cruz y Jorge Duarte Ojeda celebraron el 9 de noviembre de 1995 el contrato de obra

¹ Folios 220 a 256 del c. No. 1.

No. 225 cuyo objeto era la construcción del Canal Carmen Nuevo en el Distrito de Riego de Saldaña.

El valor total del contrato se pactó en \$1.079.906.300 y se convino que su término de ejecución sería de 10 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de las labores.

El 20 de diciembre de 1995 el contratista recibió, a título de anticipo, el 50% del valor del contrato pero al día siguiente las partes acordaron suspender su ejecución con fundamento en que el contrato de interventoría aún no se había celebrado y por ende no podía darse comienzo a la realización de las obras.

El 26 de julio de 1996 se suscribió el acta de reanudación del contrato y el 29 de ese mismo mes y año se firmó la correspondiente acta de iniciación.

El 4 de marzo de 1997 el contratista pidió la prórroga o la suspensión del plazo contractual argumentando que la ola invernal impidió el cumplimiento del programa de inversiones.

Esta misma solicitud se puso en conocimiento de la Interventoría mediante comunicación del 9 abril de 1997.

El 8 de mayo de 1997 se acordó suspender nuevamente el contrato aunque en el acta no se fijó término alguno que precisara la duración de la suspensión.

El contratista solicitó en múltiples oportunidades que se fijara una fecha para reanudar la ejecución del contrato pero la entidad contratante no dio respuesta a esas solicitudes.

Así que entonces la demora en la iniciación de las obras y la suspensión indefinida del contrato, hechos estos que son imputables exclusivamente a la entidad contratante, constituyen

un claro incumplimiento que ha causado perjuicios al contratista porque ha alterado la ecuación financiera del contrato.

Durante el tiempo en que se pudo ejecutar el contrato, habida cuenta de las circunstancias climáticas adversas y las condiciones inesperadas del terreno, hubo la necesidad de realizar obras no previstas y mayores cantidades de obra que hasta el momento no han sido reconocidas por el "INAT" a pesar de que fueron aprobadas por la Interventoría.

El contrato no se ha liquidado toda vez que no ha podido terminarse por estar suspendido de manera indefinida.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término la accionada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que todos aprovecharon.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 31 de mayo de 2002 el Tribunal Administrativo del Tolima decidió negar las pretensiones de la demanda.²

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Según lo pactado por los contratantes el término de ejecución del contrato era de 10 meses contados a partir de la firma del acta de iniciación, hecho éste que ocurrió el 20 de diciembre de 1995, y como quiera que al día siguiente fue suspendido, que no existe prueba de que en ese momento el contratista ya tenía la disponibilidad de todos los bienes, elementos, instalaciones y recursos humanos para iniciar las obras y que recibió el 50% del valor del contrato como anticipo, no se advierte cuál puede ser el perjuicio que sufrió el contratista por esa primera suspensión.

En cambio sí aparece que los demandantes reportaron un beneficio pues tuvieron en su poder el anticipo.

En cuanto a las cantidades de obra no hay lugar a su incremento porque cuando se suscribió el acta de compensación se dejó constancia que ello no alestraría ni el valor ni el plazo del contrato.

² Folios 400 a 412 del c. No. 1.

De otro lado, en la inspección judicial se verificó que el canal se construyó hasta el kilómetro 3 + 300 metros pero muchos tramos se encuentran inconclusos.

En cuanto a la segunda suspensión debe destacarse que en el acta que las partes suscribieron para este efecto, el contratista renunció a cualquier reclamación y por consiguiente constituye un acto de deslealtad contractual venir ahora a aducirla pues es razonable pensar que si renunció a reclamar era porque consideraba que esa nueva suspensión no le iba a ocasionar perjuicios o tomó las medidas necesarias para prevenirlos.

Finalmente argumenta el Tribunal que no se demostraron los factores del terreno y los factores invernales que supuestamente rompieron el equilibrio del contrato.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así decidido se alzaron los actores.

Aducen los recurrentes que el Tribunal ha debido en primer lugar entrar a calificar jurídicamente la actuación de la Administración Pública que determinó la suspensión del contrato para luego adentrarse en las probanzas para verificar si está demostrado el perjuicio, cuestión aquella que omitió el juzgador de primera instancia.

Argumentan que el Tribunal se equivoca cuando asevera que sólo se podían causar perjuicios si apareciera demostrado que el día de la suspensión el contratista tenía a su disposición todos los bienes, elementos, instalaciones y recursos humanos para dar comienzo a la obra, toda vez que el dictamen pericial cuantifica la variación de los precios unitarios durante el tiempo que duró suspendido el contrato.

De otro lado, dicen los apelantes, no es consecuente ligar la variación de precios con la disposición de bienes y personas para la ejecución del contrato, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del acta de iniciación implica la disponibilidad operativa del contratista.

Señalan además que el hecho de haber aceptado el contratista la suspensión del contrato no puede entenderse como una autorización para terminarlo bajo la apariencia de aquella.

Insisten los recurrentes en que el hecho de estar suspendido el contrato causó el desequilibrio económico del contrato porque hubo variación en los precios acordados.

Aseguran que en razón de la suspensión se vieron compelidos a asumir mayores costos por concepto de personal y equipos y que de acuerdo con lo pactado los causados con posterioridad al vencimiento del crédito del BIRF serían asumidos totalmente por el INAT, razón por la cual la entidad contratante tenía la

obligación de permitir la ejecución del contrato y por ende conseguir los recursos necesarios para ello.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. En este asunto se pretende que se declare el incumplimiento del contrato de obra que se dice haber sido celebrado entre las partes el 9 de noviembre de 1995 y que como consecuencia de esta declaración se decrete la resolución del mencionado contrato y se condene a la demandada a pagar, debidamente indexado, el valor correspondiente a todos los perjuicios materiales que causó con su incumplimiento.

Con la demanda que dio origen a este proceso se arrimaron en copia simple, entre otros documentos, el que dice contener el contrato de obra No. 225 que los demandantes alegan haber celebrado con la demandada el 9 de noviembre de 1995.³

2. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 168 del C. C. A. en los procesos que se siguen ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto sean compatibles, se aplican las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia el régimen probatorio consagrado en el C. P. C. es de recibo en los procesos ante lo Contencioso Administrativo.

Según el Código de Procedimiento Civil los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, pudiendo consistir estas en transcripción o reproducción mecánica,⁴ pero para que las copias tengan el mismo valor probatorio que el original es indispensable que hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentra el original o copia auténtica; que se autenticquen por notario previo cotejo con el original o copia autenticada, o que se compulsen del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial.⁵

³ Folios 6 y 7 del c. No. 1.

⁴ Artículo 253.

⁵ Artículo 254.

La Corte Constitucional ha explicado que “...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle el mismo valor probatorio del original es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos...”⁶

Todo lo anterior se resume en que las copias simples carecen de valor probatorio porque no pueden ser apreciadas ni formar el convencimiento del juzgador ya que, de acuerdo con la normatividad mencionada, sólo los originales o las copias provistas de autenticidad tienen esa virtualidad.

Y este ha sido el pensamiento que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado en multitud de providencias.⁷

3. En este asunto, como ya se dijo, se pretende que se declare el incumplimiento del contrato de obra que se dice haber sido celebrado entre las partes el 9 de noviembre de 1995 y que como consecuencia de esta declaración se decrete la resolución del mencionado contrato y se condene a la demandada a pagar, debidamente indexado, el valor correspondiente a todos los perjuicios materiales que causó con su incumplimiento.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1998.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de abril 28 de 2010 (Expediente 18.478), Agosto 11 de 2010 (Expediente 18.636), abril 28 de 2010 (expediente 33.407), mayo 26 de 2010 (Expediente 36.085) y marzo 3 de 2010 (Expediente 37.889); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias de febrero 23 de 2011 (Expediente 17.560).

Pues bien, reposando en el expediente sólo copia simple del documento que supuestamente contiene el contrato que se dice haber sido celebrado entre las partes, esto es de copia que carece de valor probatorio, resulta que está huérfana de prueba la existencia de tal negocio jurídico y por consiguiente de los derechos y obligaciones que pudieron haber surgido en razón de ellos a favor y a cargo de cada una de las partes.

En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,⁸ salvo algunos casos de urgencia manifiesta,⁹ la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil¹⁰ y 232 del Código de Procedimiento Civil.¹¹

Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito.

Cuando se pretende exigir el cumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato o la indemnización de los perjuicios causados con su incumplimiento, o lo uno y lo otro, la primera carga probatoria que asume el demandante es precisamente la de demostrar la existencia de ese negocio jurídico porque

⁸ Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

⁹ Inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

¹⁰ “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...”.

¹¹ “La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...”.

demostrando esto también demostrará, por contera, las obligaciones que de él surgieron.

Luego, el no demostrar este aspecto que se erige en la puerta de entrada para la exigencia de tales obligaciones y para reclamar la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento del vínculo contractual, implica, como es obvio, que toda pretensión que se enderece para recabar sumas por estos conceptos esté condenada al fracaso.

Con otras palabras, los aquí demandantes no han demostrado la existencia del contrato que dicen haber celebrado y por consiguiente tampoco han probado las obligaciones a cargo de la demandada.

Si las obligaciones no están demostradas resulta imposible constatar su incumplimiento y en consecuencia no podrá establecerse que cualquier daño sufrido por los actores sea la consecuencia del incumplimiento de obligaciones a cargo de la demandada pues se ignora cuáles son.

Por consiguiente, esta orfandad probatoria lo que impone por sí misma es la decisión de negar todas las pretensiones de la demanda.

En estas circunstancias resulta claro que como la providencia apelada negó las pretensiones de la demanda, ella debe ser confirmada aunque por las razones que aquí se exponen.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de

Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ
BOTERO
Presidente**

**ENRIQUE GIL
Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente**

F.A.