

CONTRATO ESTATAL DE MÍNIMA CUANTÍA / EXISTENCIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL / APLICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / ATENCIÓN DE DESASTRES / DESASTRE NATURAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL

[E]n este caso concreto, (...), no era procedente el estudio de la demanda bajo la figura de la prohibición del enriquecimiento sin causa, comoquiera que la causa de los perjuicios solicitados por el demandante era, precisamente, la configuración de un contrato, cuya existencia pidió que fuera declarada por el juez. Lo procedente, en consecuencia, era adelantar el análisis bajo el medio de control que fue propuesto por el demandante, esto es, el de controversias contractuales. (...) El presente asunto se trata de aquellos (...) contratos sometidos a las normas del derecho privado, en atención a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012. En efecto, los contratos que se celebran amparados en la declaratoria de desastre o de calamidad pública no están sometidos a la solemnidad de que tratan los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. Contrario a lo que ocurre con los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos regidos por el derecho privado pueden ser consensuales, salvo cuando la ley exija una solemnidad especial para su configuración, tal y como se desprende de los artículos 1500 del Código Civil y 824 del Código de Comercio. (...) En el caso concreto, es claro que al contrato no le era aplicable lo dispuesto en los artículos 39 y 41 la Ley 80 de 1993, por la sencilla razón de que la relación contractual no estaba sometida a las disposiciones de esta ley, sino al derecho común. (...) esta Corporación se pronunció sobre la posibilidad de que existieran acuerdos verbales (...) Consideraciones que refuerzan la conclusión de la procedencia del medio de control de controversias contractuales cuando estén presentes los referidos elementos probatorios en torno al objeto y a las prestaciones mutuas. Así las cosas, las pretensiones debieron ser resueltas en la forma indicada en la demanda, por lo que correspondía resolver, en primer término, la pretensión relativa a la declaración de existencia del contrato. (...)

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 141 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 87 / LEY 1523 DE 2012 - ARTÍCULO 66 / CÓDIGO CIVIL - 1500 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 824 /

OFERTA / ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / PRESTACIONES MUTUAS / CONTRATO ESTATAL DE MÍNIMA CUANTÍA / EXISTENCIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / COMPONENTES DEL CONTRATO ESTATAL / ELABORACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

En relación con este primer punto, observa la Sala que entre las partes demandante y demandada existió un contrato. Efectivamente, la administración realizó una solicitud para que le presentaran ofertas, el demandante presentó la suya y la entidad territorial la aceptó, lo cual hizo con un documento firmado por el alcalde, representante legal de la entidad territorial, que era el funcionario con la capacidad para comprometer contractualmente al Municipio. La oferta (que contenía los elementos esenciales del negocio jurídico) y su correspondiente aceptación, conformaron el contrato, en los precisos términos de los artículos 845, 846 y 864 del Código de Comercio. Además, se debe tener presente que el artículo 853 del mismo Código señala que “las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos”. En el caso que ocupa la atención de la Sala, justamente, en la aceptación de la oferta, la administración señaló un plazo de ejecución de 4 meses.

(...) De esta manera, para todos los efectos, se configuró un contrato con la oferta presentada por el demandante y con la respectiva aceptación de la entidad demandada. Negocio jurídico que, por demás, no se trató de un contrato verbal, sino de un contrato conformado por la oferta, contentiva de los elementos esenciales de un negocio jurídico, que fue comunicada a la administración destinataria, y su respectiva aceptación por parte de la entidad territorial, en cabeza de su representante legal. La Sala recuerda que las partes del contrato firmaron, también, la autorización de inicio de obra. (...) La posibilidad de que el contrato esté constituido por dos documentos es, por demás, una realidad propia de los acuerdos celebrados a través de la modalidad de mínima cuantía, contratación cuyas reglas establecidas por el legislador, en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (...)

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 845 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 846 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 864 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 853 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2 NUMERAL 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 42 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 43

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 21130. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 24454.

DEBER DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FALTA AL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPULSA DE COPIAS / ORGANISMOS DE CONTROL / EXISTENCIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / MALA CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO

[L]os contratos originados en medio de la urgencia deben ser enviados, “inmediatamente”, junto con el acto administrativo que la declaró, y el resto de antecedentes administrativos, al organismo que ejerza el control fiscal de la respectiva entidad. Normativa que además establece, como causal de mala conducta, el uso indebido de la urgencia. (...) La falta del envío de la información al respectivo ente de control fiscal configura una omisión de la entidad territorial que debe ser evaluada por las autoridades competentes, pero que, a diferencia del entendimiento del juzgador de primer grado, no desvirtúa la existencia del contrato, pues el mismo no estaba sometido a esa específica formalidad. Esta Sala, al advertir que se pudo haber omitido la obligación de enviar la información respectiva al órgano de control, compulsará copias del presente proceso a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, en el marco de sus competencias, estudien la posible comisión de una falta disciplinaria o la configuración de una eventual responsabilidad fiscal.

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RECURSOS PÚBLICOS / ETAPA CONTRACTUAL / LEGALIDAD DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

En un contrato sometido al derecho privado, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, las partes pueden acordar someter el negocio jurídico a una etapa posterior de legalización (que cobra aún más sentido cuando se advierte que el contrato se ejecutaría con recursos públicos). Legalización que deberá ser cumplida en los precisos términos por ellas pactados, pues su cumplimiento guarda relación

directa con lo que las partes acuerden; no obstante, en el expediente no reposan los elementos que permitan identificar y verificar el cumplimiento de la forma en la que se debía efectuar dicha legalización. (...) se observa que, en la aceptación de la oferta, se señaló que el anticipo se pagaría “previa legalización del contrato”; no obstante, ello no ocurrió, entre otras razones porque, como se señaló, no se conocen las condiciones que debían atenderse para materializar la referida legalización. Como no se demostró el cumplimiento de la condición a la que estaba sometido el pago del anticipo, este no resultaba exigible, consideración suficiente para rechazar la solicitud de declaratoria de su incumplimiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 47001-23-33-000-2017-00084-01(64399)

Actor: ANTONIO BERNARDO CURE YUNEZ

Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(APELACIÓN SENTENCIA)**

Temas: controversias contractuales – declaratoria de existencia del contrato – enriquecimiento sin causa – carga de la prueba.

Síntesis del caso: el actor solicitó declarar la existencia de un contrato de obra pública que habría celebrado con el Municipio. De igual manera, solicitó declarar que el Municipio incumplió el contrato y condenarlo a indemnizar los perjuicios.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, el 13 de febrero de 2019, que negó las pretensiones demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 10 de marzo de 2017 Antonio Bernardo Cure Yunez presentó una **demanda**, en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del municipio de Ciénaga, Magdalena, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“PRIMERA: Declarar la existencia del contrato de obra pública suscrito entre el municipio de Ciénaga y el ingeniero Antonio Bernardo Cure Yunez por valor de [...] \$4.580.488.149, cuyo objeto es realizar la obra de mitigación de emergencia para disminuir el avance de la erosión costera en el sector del Malecón en el municipio de Ciénaga, Magdalena.

SEGUNDO: Declarar el incumplimiento por parte del municipio de Ciénaga al contrato de obra pública existente, y declarar patrimonialmente responsable al municipio de Ciénaga por los daños y perjuicios causados al demandante en ocasión al incumplimiento del mismo.

TERCERO: Condenar al municipio de Ciénaga a reparar integralmente al demandante los perjuicios materiales e inmateriales que el incumplimiento le ocasionó, por la suma de [...] \$4.830.618.304, más los intereses corrientes moratorios causados por el incumplimiento al pago del anticipo del contrato”.

2. En la **demanda**² la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

3. 1) El 4 de marzo de 2015 la Alcaldía de Ciénaga, Magdalena, con fundamento en la Ley 1523 de 2012, declaró la situación de calamidad pública, por el riesgo de desastre generado por la erosión costera, que afectaba la zona del Malecón.

4. 2) El 25 de agosto de 2015 el Municipio invitó a varias firmas contratistas a presentar ofertas para realizar la obra de mitigación de la emergencia, con la que se buscaba disminuir el avance de la erosión. El 26 de agosto de ese mismo año, el demandante presentó su propuesta.

5. 3) La parte actora afirmó que, el 28 de agosto de 2015, mediante acto administrativo, la Alcaldía Municipal de Ciénaga notificó al ingeniero Cure Yunez que su propuesta era la más ajustada a las necesidades de intervención, documento en el que se estableció la descripción de la obra, un plazo de ejecución de 4 meses, contados a partir del acta de inicio, se asignó un presupuesto de \$4.580' 488.149, y se estipuló el pago de un anticipo del 50%, previa legalización del contrato.

6. 4) Sostuvo el demandante que, en el mismo documento, se determinó que, “por mediar una declaratoria de calamidad pública, el contratista, hoy demandante, debía iniciar la ejecución de los trabajos de manera inmediata

² Folios 3-9 del cuaderno principal.

a sus costos", a pesar de que no se hubiera perfeccionado el contrato, "porque la ejecución estaba amparada en el régimen especial de contratación establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012".

7. 5) El Municipio designó una firma de ingenieros para la interventoría de la obra y, como supervisor, al coordinador municipal de la gestión del riesgo y desastres de Ciénaga.

8. 7) Afirmó el demandante que, apenas fue notificado del acto administrativo de 28 de agosto de 2015, inició los trabajos previos necesarios, y que, el 12 de septiembre de 2015, el contratista, el interventor, el supervisor y el alcalde municipal "se reunieron para protocolizar el inicio de las obras".

9. 8) Más adelante, indicó que el contratista, con equipos de su propiedad, había iniciado la obra el 15 de septiembre de 2015. Desde ese momento, contrató los servicios de un tercero para poder cumplir con el plazo de ejecución de 4 meses.

10. 9) Afirmó que la entidad incumplió sus obligaciones de entrega del anticipo, de legalización del contrato y de pago del acta de ejecución de la obra. Añadió que, luego de que transcurrieran más de 2 meses sin el perfeccionamiento y legalización del contrato, ni el pago del anticipo, el contratista decidió suspender la obra.

11. 10) El demandante sostuvo que había sufrido perjuicios inmateriales a título de daños morales, daño a la salud, daño por afectación a derechos constitucionalmente amparados y daño por alteración grave a las condiciones de existencia, los cuales tasó en \$275'781.600.

1.2. Posición de la parte demandada

12. La entidad **contestó la demanda**³ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Al pronunciarse sobre los hechos de la demanda, indicó que era cierta la declaratoria de la calamidad, también que el contratista presentó una oferta, y que existía un documento en el que se describían las obras en un anexo adjunto, y se estableció "un anticipo del 50%, previa legalización del contrato".

13. Señaló que, si bien era cierto que el contratista "fue contratado bajo la figura de la calamidad pública, esto no eximía a las partes [de] realizar la solemnidad de la suscripción y demás legalización del respectivo contrato, ello en cumplimiento de lo contemplado en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993".

³ Folios 411-420 del cuaderno principal.

14. Se preguntó “¿por qué razón precedió [el contratista] a continuar una obra dentro de la cual se presentaron en forma mutua incumplimientos de las estipulaciones o reglas pactadas en el acto administrativo” de 28 de agosto de 2015?

15. Sostuvo que, “si bien e[ra] cierto [que] en el documento o carta de invitación” había quedado establecido que, por mediar una calamidad pública, el contratista debía iniciar la ejecución de los trabajos de manera inmediata, este sabía “que tenía la obligación de suscribir de manera formal el respectivo contrato”, lo que llevaba a preguntarse por qué no había conminado a la administración a la formalización del contrato, y revelaba, a su vez, una “situación irregular, no solo de la administración, sino también del hoy contratista demandante”.

16. Agregó que el incumplimiento había sido de ambos extremos, pues el contratista también estaba obligado a “cumplir con la formalización de la suscripción del contrato, condición necesaria o sine qua non, para continuar con la ejecución de las obligaciones”.

17. Formuló las **excepciones** de “inepta demanda por indebida escogencia de la acción”, tras considerar que, en atención a lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, si el contratista pretendía solicitar el reconocimiento y pago de unas obras realizadas sin la formalidad escrita del contrato estatal, debió haber presentado una reclamación “invocando la acción de enriquecimiento sin justa causa”; de “excepción de contrato no cumplido”, en la que insistió en que, “si bien e[ra] cierto [que el contratista] fue contratado bajo la figura de la calamidad pública, esto no eximía a las partes [de] realizar la solemnidad de la suscripción”, del contrato; también presentó las excepciones que tituló “incumplimiento de los requisitos establecidos para celebrar contratos de las entidades estatales”; “desconocimiento del principio ‘nemo no turpitudenum’”; “mala fe” y “falta de causa para pedir”.

1.3. Sentencia recurrida

18. El 13 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Magdalena, profirió **Sentencia de primera instancia**⁴, en la que resolvió (se transcribe):

“PRIMERO: DECLARENSE no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado [...].

SEGUNDO: DENEGAR las súplicas de la demanda, de conformidad a las consideraciones expuesta en la parte motiva del presente interlocutorio [...].

19. Como primera medida, para el juzgador de primera instancia, aunque la excepción de inepta demanda, por indebida escogencia de la acción, no tenía “la virtud de enervar” las pretensiones, “en aplicación del principio iura

⁴ Folios 217-226 del cuaderno del Consejo de Estado.

novit curia, le e[ra] dable al juez efectuar de forma oficiosa la adecuación e interpretación de la demanda”, para que fuera tramitada bajo el medio de control de reparación directa, “habida cuenta que la relación jurídica expuesta en los hechos de la demanda carec[ía] de un vínculo contractual”.

20. Con apoyo en la Sentencia del Consejo de Estado, de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897, indicó que la declaratoria del enriquecimiento sin causa solo era posible en 3 supuestos determinados, ninguno de los cuales se había configurado en el presente caso. En especial, en relación con el supuesto relativo a la urgencia manifiesta, sostuvo que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, solo existía urgencia manifiesta en situaciones relacionadas con los estados de excepción.

21. Para el Tribunal, se desconocieron normas de carácter imperativo, por no haberse perfeccionado el contrato mediante las solemnidades establecidas en la ley. Afirmó que resultaba *“inaceptable que se procediera a pactar la ejecución de unas obras públicas y el pago por estas, a partir de una carga denominada en el plenario como invitación y un oficio mediante el cual se indica[ba] la escogencia”* de la propuesta, pues la ley no eximía al contratista de formalizar el correspondiente contrato.

22. Añadió que, aunque la presunta declaratoria de calamidad pública se había amparado en la Ley 1523 de 2012, no se aportaron pruebas de que esa actuación se hubiera sometido al correspondiente control fiscal, situación que trasgredía lo establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

23. Cuestionó que la situación que se pretendía enfrentar con la obra respondiera, en realidad, a una calamidad, pues al proceso no se allegaron los antecedentes administrativos que llevaron a la declaratoria de la calamidad pública.

1.4. Recurso de apelación

24. El 20 de mayo de 2019 la parte actora presentó **recurso de apelación**⁵, en el que solicitó revocar la Sentencia y acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que el demandante sí estaba obligado a iniciar labores, toda vez que la orden escrita del Alcalde estaba amparada en un decreto de calamidad pública, que nunca fue cuestionado.

25. Señaló que la Ley 1523 de 2012 estableció *“un fuero especial de contratación”*, que se regía por las mismas solemnidades de los contratos entre particulares, sin que fueran necesarias las formalidades.

⁵ Folios 116-120 del cuaderno del Consejo de Estado.

26. Añadió que la responsabilidad del traslado de los contratos al ente de control fiscal era exclusiva de la entidad territorial, sin que su inobservancia pudiera “deslegitimar” el derecho del contratista a reclamar la existencia del contrato, pues los errores de la administración no podían quitarle su derecho a perseguir los perjuicios sufridos.

27. En la oportunidad para **alegar de conclusión**, la parte demandante guardó silencio⁶. La parte demandada insistió en los argumentos expuestos durante el desarrollo del proceso y añadió que el peritaje practicado no detallaba las obras ejecutadas ni había hecho un avalúo real⁷. El **Ministerio Público** rindió **concepto**⁸ en el que solicitó confirmar la sentencia impugnada, tras considerar que “no nos encontramos ante alguno de los eventos en los que la jurisprudencia ha permitido considerar la existencia de un enriquecimiento sin causa pasible de ser reparado con cargo al erario”. Los gastos en los que pudo incurrir el contratista eran consecuencia de su propia culpa porque, a pesar de existir una situación de calamidad pública, “de todas formas debía suscribirse el correspondiente contrato”.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

28. De conformidad con las pruebas que obran en el proceso y los motivos de la apelación, la Sala **revocará** la decisión de primera instancia, declarará la existencia del contrato y negará las demás pretensiones de la demanda, habida cuenta de que no existen pruebas que acrediten los incumplimientos ni los perjuicios alegados por el demandante.

29. En el expediente obra copia simple del Decreto 137 de 4 de marzo de 2015⁹, mediante el cual se declaró la situación de calamidad pública y se ordenó que se celebraran “los contratos y/o convenios necesarios que permit[ieran] atender la calamidad pública”, negocios jurídicos que, de conformidad con el artículo 2 del mismo acto administrativo, y en atención a que los recursos provendrían del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, se someterían a los requisitos y formalidades que la ley exige para la contratación entre particulares.

30. Se aportó copia de la invitación, hecha por el representante legal del municipio de Ciénaga, a presentar ofertas para realizar la obra de mitigación

⁶ Folio 672 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁷ Folios 656-658 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁸ Folios 665-671 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folios 20 - 57 del cuaderno principal.

de emergencia y disminuir el avance de la erosión costera en el sector del Malecón¹⁰; de la oferta presentada por el ingeniero Antonio Cure Yunez¹¹; del documento (firmado por el alcalde municipal de Ciénaga) en el que, entre otras, se le informó al señor Cure Yunez que *“su propuesta e[ra] la que más se ajust[aba] a las necesidades de intervención de emergencia”*, se le autorizó para ejecutar las obras descritas en el anexo, y se le indicó que debía *“iniciar la ejecución de los trabajos de manera inmediata a sus costos, no obstante el no perfeccionamiento del respectivo contrato”*, al estar la ejecución amparada en el régimen de contratación establecido en la Ley 1523 de 2012¹².

31. También se aportó copia de la *“autorización de inicio de obras de mitigación del escenario de riesgo de desastres en el sector del Malecón”*, de 12 de septiembre de 2015, suscrita por el contratista, el alcalde municipal, el representante legal de la interventoría y el coordinador de la oficina de gestión de riesgos de desastres, quien había sido designado como supervisor de las obras de mitigación¹³.

32. Se allegó copia de un documento titulado *“acta parcial de recibo de obra”*, de 15 de noviembre de 2015, suscrito por el contratista, el interventor y el supervisor designado, y de actas de seguimiento de obra, suscritas por los mismos actores¹⁴. Asimismo, se aportaron 2 documentos, calificados como informes mensuales de la interventoría, de octubre y noviembre de 2015.

33. Durante la audiencia de pruebas, celebrada en el curso de la primera instancia, se practicaron varios testimonios, entre los que se encontraba el del señor Luis Tete Samper, alcalde del municipio de Ciénaga para la época de los hechos que originaron la demanda, quien dio cuenta de las razones que llevaron a la administración municipal a *“la contratación del espolón”*, para evitar la erosión de la zona del Malecón, gracias al cual (se transcribe) *“se podía palpar que no solamente se salvaron las obras del Malecón, sino que muchas viviendas habían logrado sobrevivir y muchas familias no se afectaron y se salvaron muchos recursos que estaban a punto de perderse en el mar Caribe”*¹⁵. El testigo afirmó haber contratado al señor Cure Yunez, a pesar de no recordar si se celebró un contrato escrito o verbal, y resaltó que *“sí hubo la intención de contratarlo a él porque era urgente que los trabajos se iniciaran”*¹⁶.

¹⁰ Folios 28 y 29 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 30 y 31 del cuaderno principal.

¹² Folios 32 y 33 del cuaderno principal.

¹³ Folios 34, 36 y 37 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 40-45 del cuaderno principal.

¹⁵ Minuto 11:33 de la audiencia de pruebas.

¹⁶ Minuto 16:45 de la audiencia de pruebas.

34. Se decretó y practicó un peritaje, cuyo objeto consistió en determinar “los efectos positivos de las obras” y en realizar un avalúo, a fin de determinar el monto de la inversión realizada¹⁷.

35. Lo primero que ocupa la atención de la Sala es la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Magdalena sobre el medio de control que resultaba pertinente para adelantar el estudio del caso, y la oposición del recurrente para que se resolvieran las pretensiones que presentó en su demanda. En sentir del Tribunal, se debió haber formulado una demanda de reparación directa, por la eventual configuración de un enriquecimiento sin justa causa; esto, pues, en aplicación de las normas del Estatuto Contractual, los contratos estaban sometidos a la solemnidad de constar por escrito, en cuya ausencia resultaba imposible presentar un debate de controversias contractuales.

36. Frente a esta dicotomía, y a la eventual convergencia de dos medios de control, se traen a colación las conclusiones a las que arribó esta Corporación, en un caso similar, en el que señaló que un litigio había sido (se transcribe):

“[...] distorsionado en el curso de la primera instancia, pues las pretensiones formuladas en la demanda, a través de la acción contractual, no fueron resueltas en la forma solicitada, debido a que el a quo entendió que la acción procedente era la de in rem verso por enriquecimiento sin justa causa y, en ese sentido, modificó por completo el petitum, bajo la aducción de estar interpretando la demanda y resolvió el debate sustancial [con fundamento en] pretensiones que jamás fueron solicitadas por la demandante y frente a las cuales no tuvo oportunidad de pronunciarse la parte demandada. En efecto [...] las pretensiones de la demanda estuvieron orientadas, fundamentalmente, a obtener la declaración de existencia de un contrato estatal celebrado entre la parte demandante y la demandada, [y] a obtener la declaración de incumplimiento del mismo, [...]; no obstante, el Tribunal consideró que no se hallaba acreditada la existencia del contrato y, por lo mismo, decidió analizar los supuestos de hecho a luz de la actio in rem verso por enriquecimiento sin justa causa, [...] Si bien la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que, en virtud del principio iura novit curia, el juez puede interpretar la demanda y analizar los pedimentos a la luz de los supuestos de derecho que resulten aplicables, en este caso particular se considera que las súplicas de la demanda, de indudable estirpe contractual, no eran susceptibles de ser analizadas a través de la actio in rem verso (acción de devolución de la cosa)”¹⁸.

37. La Sala hace suyas las consideraciones del Consejo de Estado en la citada providencia, pues, en este caso concreto, al igual que ocurrió en ese entonces, no era procedente el estudio de la demanda bajo la figura de la prohibición del enriquecimiento sin causa, comoquiera que la causa de los perjuicios solicitados por el demandante era, precisamente, la configuración de un contrato, cuya existencia pidió que fuera declarada por el juez. Lo procedente, en consecuencia, era adelantar el análisis bajo el medio de

¹⁷ Folios 527-591 del cuaderno principal II.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 21.130.

control que fue propuesto por el demandante, esto es, el de controversias contractuales.

38. Sobre las declaraciones que puede pretender la parte de un contrato del Estado, de que tratan los artículos 141 del CPACA y 87 del CCA (relativos a las controversias contractuales), el Consejo de Estado ha advertido (se transcribe):

*“En efecto, el artículo 87 del C.C.A., [...] prevé como primer supuesto de procedencia de la acción atinente a controversias contractuales el siguiente: “...cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad...”, lo cual, en principio, riñe con la estructura que informa la existencia y eficacia de los contratos que pertenecen a esta categoría jurídica, pues si el contrato estatal debe constar por escrito no existiría razón válida para solicitar la declaración en tal sentido. La jurisprudencia de esta Corporación al respecto ha sostenido que “...en algunos eventos –especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes–, puede solicitarse la declaración de existencia del respectivo negocio jurídico, en ejercicio de la acción contractual, ha expresado la Sala, adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción o la de reparación directa, debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar. Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar. [Agregó] una de las hipótesis que se ubica en el supuesto previsto por el artículo 87 del C.C.A. (declaratoria de existencia del contrato) **es la relacionada con aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen - en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual**”¹⁹. (énfasis añadido).*

39. El presente asunto se trata de aquellos a los que hace referencia la citada providencia, esto es, de contratos sometidos a las normas del derecho privado, en atención a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012²⁰. En efecto, los contratos que se celebran amparados en la declaratoria de desastre o de calamidad pública no están sometidos a la solemnidad de que

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 29.402 y Sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 21.130.

²⁰ Ley 1523 de 2012, artículo 66. “Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, **se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares**, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993. (énfasis añadido).

Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen”.

tratan los artículos 39²¹ y 41²² de la Ley 80 de 1993. Contrario a lo que ocurre con los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos regidos por el derecho privado pueden ser consensuales, salvo cuando la ley exija una solemnidad especial para su configuración²³, tal y como se desprende de los artículos 1500 del Código Civil²⁴ y 824 del Código de Comercio²⁵.

40. En el caso concreto, es claro que al contrato no le era aplicable lo dispuesto en los artículos 39 y 41 la Ley 80 de 1993, por la sencilla razón de que la relación contractual no estaba sometida a las disposiciones de esta ley, sino al derecho común.

41. En la misma oportunidad en la que esta Corporación se pronunció sobre la posibilidad de que existieran acuerdos verbales, se afirmó que, cuando *“no se encuentran elementos probatorios que permitan establecer el acuerdo de las partes en torno al objeto concreto del mismo y a las prestaciones mutuas que entendieron asumir”*, era posible concluir la procedencia de la acción de reparación directa como mecanismo procesal adecuado para obtener el resarcimiento de los perjuicios que la parte actora alegó haber sufrido por la conducta omisiva de la entidad demandada. Consideraciones que refuerzan la conclusión de la procedencia del medio de control de controversias contractuales cuando estén presentes los referidos elementos probatorios en torno al objeto y a las prestaciones mutuas. Así las cosas, las pretensiones debieron ser resueltas en la forma indicada en la demanda, por lo que correspondía resolver, en primer término, la pretensión relativa a la declaración de existencia del contrato.

42. En relación con este primer punto, observa la Sala que entre las partes demandante y demandada existió un contrato. Efectivamente, la administración realizó una solicitud para que le presentaran ofertas, el demandante presentó la suya y la entidad territorial la aceptó, lo cual hizo con un documento firmado por el alcalde, representante legal de la entidad territorial, que era el funcionario con la capacidad para comprometer contractualmente al Municipio. La oferta (que contenía los elementos

²¹ Ley 80 de 1993, artículo 39 *“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”*.

²² Ley 80 de 1993, artículo 41 *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*.

²³ Como ocurre en el caso de la promesa de celebrar un contrato, o la venta de bienes raíces y servidumbres, de conformidad con los artículos 1611 y 1857 del Código Civil.

²⁴ Código Civil, 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”*.

²⁵ Código de Comercio, artículo 824 *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”*

esenciales del negocio jurídico²⁶) y su correspondiente aceptación, conformaron el contrato, en los precisos términos de los artículos 845²⁷, 846²⁸ y 864²⁹ del Código de Comercio. Además, se debe tener presente que el artículo 853 del mismo Código señala que *“las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos”*. En el caso que ocupa la atención de la Sala, justamente, en la aceptación de la oferta, la administración señaló un plazo de ejecución de 4 meses.

43. De esta manera, para todos los efectos, se configuró un contrato con la oferta presentada por el demandante y con la respectiva aceptación de la entidad demandada. Negocio jurídico que, por demás, no se trató de un contrato verbal, sino de un contrato conformado por la oferta, contentiva de los elementos esenciales de un negocio jurídico, que fue comunicada a la administración destinataria, y su respectiva aceptación por parte de la entidad territorial, en cabeza de su representante legal. La Sala recuerda que las partes del contrato firmaron, también, la autorización de inicio de obra.

44. Resulta oportuno retener que, incluso frente a contratos sometidos al Estatuto Contractual de la Administración Pública, esta Corporación ha sostenido (se transcribe):

“[...] la solemnidad que impone el ordenamiento jurídico en materia de contratos estatales se refiere expresamente a que el acuerdo conste por escrito, lo cual puede satisfacerse plenamente cuando el acuerdo obra en 2 o más documentos escritos que las partes hubieren intercambiado entre sí [...] Así las cosas, en criterio de la Sala se cumple la formalidad establecida en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, cuando de los diferentes escritos que las partes suscriban se desprenda de manera expresa e inequívoca su acuerdo acerca del objeto del contrato y de sus contraprestaciones”³⁰.

45. La posibilidad de que el contrato esté constituido por dos documentos es, por demás, una realidad propia de los acuerdos celebrados a través de la modalidad de mínima cuantía, contratación cuyas reglas establecidas por el legislador, en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señalan que *“la comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los*

²⁶ Además de la voluntad de obligarse, la oferta contenía la propuesta económica, en la cual se describieron las actividades a realizar, las cantidades de obra, valores unitarios, así como los costos indirectos y el precio. (Folios 30 y 31 del cuaderno principal).

²⁷ Código de Comercio, artículo 845, *“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”*.

²⁸ Código de Comercio, artículo 846, *“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”*.

²⁹ Código de Comercio, artículo 864, *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.*

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 24454.

efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal".

46. Es cierto que, de conformidad con el párrafo del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, los contratos celebrados al amparo de las medidas de emergencia están sometidos al mismo "control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen". Control que implica entender, en los precisos términos del artículo 43 de la Ley 80 de 1993³¹, que los contratos originados en medio de la urgencia deben ser enviados, "inmediatamente", junto con el acto administrativo que la declaró, y el resto de antecedentes administrativos, al organismo que ejerza el control fiscal de la respectiva entidad. Normativa que además establece, como causal de mala conducta, el uso indebido de la urgencia.

47. La falta del envío de la información al respectivo ente de control fiscal configura una omisión de la entidad territorial que debe ser evaluada por las autoridades competentes, pero que, a diferencia del entendimiento del juzgador de primer grado, no desvirtúa la existencia del contrato, pues el mismo no estaba sometido a esa específica formalidad. Esta Sala, al advertir que se pudo haber omitido la obligación de enviar la información respectiva al órgano de control, compulsará copias del presente proceso a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, en el marco de sus competencias, estudien la posible comisión de una falta disciplinaria o la configuración de una eventual responsabilidad fiscal.

48. Una vez verificada la existencia del contrato, que será declarada en la parte resolutive de esta providencia, corresponde ocuparse de las demás pretensiones, relativas a la declaratoria de incumplimiento y el consecuente reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales. Los incumplimientos identificados por el demandante se concretaron en: 1) la falta de legalización del contrato, 2) la no entrega del anticipo y 3) el no pago del acta de ejecución de obra.

³¹ Ley 80 de 1993, artículo 43. "Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia".

49. En relación con el primero de los incumplimientos, se advierte que las partes pactaron que se legalizaría el contrato; no obstante, se desconoce la forma en la que se debía efectuar “*el diligenciamiento de la legalización*”. En el documento de aceptación de la oferta se hace alusión a una descripción de las obras que constarían en un documento llamado “Anexo”, en el que, entre otras, se detallaban algunas especificaciones técnicas; sin embargo, el referido anexo no fue aportado por la parte demandante, ni pedido como prueba, ni obra siquiera en el expediente, por lo que no resulta posible determinar las condiciones en las que se debía legalizar el contrato, así como si ello dependía, por ejemplo, del otorgamiento y aprobación de garantías, del pago de impuestos, o de la existencia de una disponibilidad o registro presupuestal, o cualquier otra condición que se hubiera establecido para materializar la referida legalización.

50. En un contrato sometido al derecho privado, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, las partes pueden acordar someter el negocio jurídico a una etapa posterior de legalización (que cobra aún más sentido cuando se advierte que el contrato se ejecutaría con recursos públicos). Legalización que deberá ser cumplida en los precisos términos por ellas pactados, pues su cumplimiento guarda relación directa con lo que las partes acuerden; no obstante, en el expediente no reposan los elementos que permitan identificar y verificar el cumplimiento de la forma en la que se debía efectuar dicha legalización.

51. El recurrente también afirmó que la entidad incumplió la obligación de entregar el anticipo. Al respecto, se observa que, en la aceptación de la oferta, se señaló que el anticipo se pagaría “*previa legalización del contrato*”; no obstante, ello no ocurrió, entre otras razones porque, como se señaló, no se conocen las condiciones que debían atenderse para materializar la referida legalización. Como no se demostró el cumplimiento de la condición a la que estaba sometido el pago del anticipo, este no resultaba exigible, consideración suficiente para rechazar la solicitud de declaratoria de su incumplimiento.

52. En lo relativo al no pago del acta de ejecución, la Sala observa que en el expediente obra un documento titulado “*acta parcial de recibo de obra N° 1*”, firmada por el contratista, un interventor y por el supervisor. Al respecto, si lo que pretendía el demandante era que, con base en este documento (que lleva un título diferente a la calificación que él le dio en su demanda) se reconociera un incumplimiento de la entidad, se advierte que en esta actuación no intervino la entidad demandada a través de su jefe o representante legal o de la persona en la que se hubieran delegado las funciones de contratación. Esto es, la referida acta de recibo no puede comprometer a la entidad demandada porque ella no hizo parte de esta actuación. Además, aunque un individuo, calificado como interventor, no

podría comprometer a la entidad a través del recibo de una obra, por encima de todo, ni siquiera se acreditó que el “*interventor*” lo fuera de la obra objeto del contrato de emergencia, pues se desconocen, por completo, las calidades en la que actuó el denominado “*interventor*”, ante la ausencia del contrato de interventoría, el cual, tampoco se aportó al proceso.

53. Por otro lado, el peritaje practicado se limitó a replicar la información del “*acta de recibo de obra*”, y se refirió a unas “*deudas contraídas*” por el contratista, sin haber presentado soporte alguno, ni explicar las razones técnicas en las que basó sus conclusiones, por lo que esa experticia no resultaba útil para determinar los eventuales perjuicios que hubiera podido sufrir el contratista por la eventual ejecución parcial del objeto contratado.

54. Finalmente, la Sala no se pronunciará sobre los perjuicios inmateriales, habida cuenta de que el demandante se limitó a enunciarlos, sin aportar prueba alguna para acreditar su padecimiento.

2.2. Sobre la condena en costas

55. De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, habida consideración de la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, el 13 de febrero de 2019 y, en su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del contrato de obra pública entre el municipio de Ciénaga, Magdalena y Antonio Bernardo Cure Yunez.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: COMPULSAR copias del presente expediente a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que adelanten las investigaciones que sean de su competencia, derivadas de las eventuales irregularidades advertidas en la presente Sentencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA