

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB SECCIÓN "A"**

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015).

Expediente: 730012331000200300611-01
Número interno: 33144
Actor: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Proceso: Acción de controversias contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual la Sala de Decisión se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de marzo de 2003, la Fiduciaria La Previsora S.A., mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra el departamento del Tolima, con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones 111 de 9 de mayo de 2002 y 200 de 22 de agosto del mismo año.

En la demanda se formularon las siguientes pretensiones (fol. 215 C. 1) (el texto se transcribe exactamente igual):

"1.- Declarar la nulidad de la Resolución No.111 de 9 de mayo de 2002 mediante la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de encargo fiduciario No. 089 de agosto 21 de 2000 suscrito entre FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y el Departamento del Tolima y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria contenida en la cláusula décima séptima del contrato.

"2.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 200 de 22 de agosto de 2002 que modificó la Resolución 111 de 9 de mayo en el sentido de aclarar sobre el valor de la sanción, y confirmando los demás aspectos de la misma.

"3.- Como consecuencia directa de las declaraciones anteriores, declarar que FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. ha cumplido el contrato 089 de 2000 suscrito con el Departamento del Tolima.

“4.-Condenar al Departamento del Tolima al pago de todos los perjuicios irrogados a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. con ocasión de la expedición de las Resoluciones 111 de 9 de mayo de 2002 y 200 de agosto 22 de 2002, así como al pago de las costas del proceso.

“5.- Ordenar que la condena de que trata la pretensión No.4, se ajuste en su valor, tomado como base el índice de precios al consumidor como lo indica expresamente el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y a su vez, se ordene el pago del interés moratorio respecto de las sumas que resultaren de las condenas ejecutoriadas.

“6.- Que a la sentencia que ponga fin a este proceso se le de cumplimiento por parte del Departamento del Tolima dentro del término establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo”.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente (folios 10 y 11 C.1):

a.- El departamento del Tolima se acogió al régimen de la Ley 550 de 1999, con el fin de lograr el saneamiento fiscal y el fortalecimiento de sus finanzas, situación que consta en documento de 21 de junio de 2001, inscrito en el registro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

b.- El departamento del Tolima –Secretaría de Hacienda y Crédito Público abrió, mediante aviso 007 de 2001, una invitación pública para la contratación de “un encargo fiduciario de recaudo, administración, pagos y garantía con el 100% de los ingresos de libre destinación y los ingresos de destinación específica que hacen parte del acuerdo firmado entre el Departamento del Tolima y sus acreedores, de conformidad con la Ley 550 de 1999”.

c.- Mediante resolución 131 de 17 de agosto de 2001, el contrato fue adjudicado a la Fiduciaria La Previsora S.A. éste se identificó como el 089 de 21 de agosto de 2001.

d.- En reunión del Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del departamento del Tolima, realizada el 28 de septiembre de 2001, cuando apenas iniciaban las primeras etapas para la implementación del contrato de encargo fiduciario, el Gobernador del Tolima manifestó su “arrepentimiento” por haber contratado a la Fiduciaria La Previsora S.A. Así quedó plasmado en el acta 002:

“En lo que respecta al contrato de Fiducia (sic) quiere dejar en claro que se encuentra arrepentido por haber contratado a la Fiduciaria La Previsora, pues consideró que (sic) por tratarse de una empresa pública y que el Depto. También (sic) es Estado, era una forma de solidarizarse, pero tristemente está contaminada políticamente (sic) trayendo a laborar gente que no tiene idea de fiducia...”

e.- Dicho comentario provocó una reunión extraordinaria del Comité de Vigilancia que se realizó el 6 de octubre de 2001, allí se dio lectura al contrato y se propusieron

modificaciones, el Gobernador, por su parte, se reafirmó en las aseveraciones y así quedaron consignadas en el acta 003:

“Con respecto a las constancias dejadas por el Gobernador en el acta anterior se hacen una serie de aclaraciones por parte de los representantes de la Fiduciaria y del gobierno Departamental dejándose en claro que lo que se pretende es que las personas que laboren en la Fiduciaria sean escogidas por méritos y que se trate de personas que sean del Departamento del Tolima, para ello la Fiduciaria (sic) atendiendo la solicitud del Señor Gobernador (sic) en los próximos días hará una convocatoria pública, dejando en claro que no se retracta de los (sic) dicho en la reunión anterior...”

f.- La Fiduciaria finalmente no aceptó la petición hecha por el Gobernador y se afirma en la demanda que, como retaliación, se profirió la resolución 111 de 9 de mayo de 2002, acá demandada, que declaró el incumplimiento parcial del contrato de encargo fiduciario y ordenó hacer efectiva la cláusula décima séptima del contrato, relativa a la sanción penal pecuniaria.

g.- Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de reposición, el cual fue resultado mediante la resolución 200 de 22 de agosto de 2002, que confirmó la declaratoria de incumplimiento del contrato y ordenó, además, comunicar la sanción a la Cámara de Comercio.

h.- Se dijo en la demanda que, si bien es cierto existe la obligación contractual de adelantar los convenios pertinentes para el recaudo de las diferentes rentas, por efecto de la promoción y suscripción del acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado entre el departamento del Tolima y sus acreedores, la Fiduciaria no contaba inicialmente con una información plena sobre los flujos de caja esperados de recaudo, lo cual, unido a las restricciones de disponibilidad de los recursos inherentes a la normatividad de intervención, produjo renuencia por parte de algunas entidades bancarias que se tradujo en demora en la reestructuración de los convenios.

i.- No obstante estas dificultades, en la demanda se afirma que la Fiduciaria realizó numerosas gestiones tendientes a la suscripción de los convenios para la utilización de la red bancaria y finalmente se normalizó el recaudo a principios de 2002, situación que fue ignorada por el departamento y, por ello, profirió las resoluciones acusadas.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante considera que los actos administrativos que declararon el incumplimiento parcial del contrato de encargo fiduciario se encuentran viciados de

nulidad, porque fueron proferidos con desviación de poder y falsa motivación. Señaló, también, que existió infracción directa de las siguientes normas:

- Ley 80 de 1993: artículos 24, numeral 5, literales d), e) y f), y 25, numeral 12.
- Código Civil: artículo 1518, inciso final.

En relación con la desviación de poder, sostuvo que el contenido de los actos acusados no es otra cosa que la expresión de una posición subjetiva y retaliatoria, más que un acicate contractual para el cumplimiento de sus obligaciones.

Sobre este aspecto dijo, que la "...presunta intención de beneficiar a persona nativas del Departamento, injerencia por demás reprochable teniendo en cuenta que la entidad Fiduciaria es autónoma en relación con el manejo de la gestión encomendada, salvo estipulación que establezca lo contrario, encierra otros móviles que tal vez por no haber sido admitidos o aceptados de manera incondicional y obsecuente, generan la posición vertical de la Gobernación a través de la Secretaría de Hacienda Departamental.

Cuestionó que se haya declarado el incumplimiento en razón a que no se transfirieron unos recursos a los CORPESES, los cuales dejaron de existir por virtud del Decreto 1234 de 2000, y por exigir imposibles jurídicos y fácticos como la presentación de informes de recaudos al día siguiente, cuando ello depende de terceros (bancos recaudadores), por lo que calificó la actuación del departamento como persecutoria, máxime que en ningún acápite de las resoluciones sancionatorias se vislumbra perjuicio alguno por ello.

También criticó que no se hubiera adelantado actuación previa alguna que llevara a la expedición de los actos administrativos que declararon el incumplimiento, vale decir, las resoluciones no fueron consecuencia de conductas reiterativas de incumplimiento observadas por la interventoría, la cual certificó el cumplimiento del contrato, mediante documento del 28 de febrero del año 2002, sin que en tal manifestación aparezca alguna reserva, observación o apremio sobre el cumplimiento de alguna obligación contractual.

En relación con la falsa motivación de los actos administrativos demandados, la Fiduciaria esgrime razones que, en su sentir, hacen materialmente improcedente la sanción, porque no ha existido dolo o culpa imputable a la contratista, bien por la intervención de terceros, bien por haber sido necesario e ineludible un tiempo de ajuste entre las partes contratantes, bien por la notoria discrepancia de los términos de referencia de la invitación pública con la realidad práctica de las obligaciones fiduciarias.

En términos generales, afirma que la multa sólo puede encontrar una causa jurídica válida siempre y cuando la conducta de la fiduciaria constituya o se traduzca en el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato con virtualidad suficiente para producir un daño injusto, atribuible por dolo o culpa.

Advierte que existen varios oficios provenientes de Megabanco, Bancafé, BBVA y el Banco Popular, todos recibidos por la Fiduciaria La Previsora, en los que se advierten dificultades de carácter operativo para la entrega de los informes y soportes de los recaudos en las cuentas destinadas para tal fin, especialmente en lo concerniente a las oficinas ubicadas fuera de la capital del departamento, situación que genera demoras en la consolidación de la información. Dicho en otras palabras, el atraso que se generó en el reporte de la información bancaria no es el resultado de la negligencia de la fiduciaria, sino de circunstancias atribuibles a los terceros recaudadores (bancos); sin embargo, se dijo que, para efectos del cumplimiento de la entrega de dicha información ante la Junta de Vigilancia, los inconvenientes referidos no produjeron un efecto negativo, ante todo porque se pudo presentar un material adecuado para la toma de decisiones por parte de dicho organismo del acuerdo de reestructuración y, por ello, la Directora Financiera de la Tesorería de la Gobernación (funcionaria designada en el contrato para la evaluación de los informes) extendió constancia, con corte a 31 de diciembre de 2001, sobre el cumplimiento satisfactorio de los servicios del encargo fiduciario.

3. Admitida y notificada la demanda (fol. 268 y 271 C. 1), el departamento del Tolima la contestó oportunamente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y señalando que (fol. 243 a 262 C.1):

"...En la cláusula Décima (sic) Séptima (sic) del contrato No. 089 del 21 de agosto de 2001, se estableció que en caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo de la fiduciaria esta debe pagar al Departamento una suma equivalente al 10% del valor del contrato. Precisamente, al encontrar probado con el informe de interventoría, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la fiduciaria LA PREVISORA S.A., le correspondía a la Administración Departamental, declarar el incumplimiento parcial e imponer la sanción a que había lugar según la mencionada cláusula, esto se hizo mediante la resolución No. 111 de mayo 9 de 2002, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual confirmada por la resolución No. 200 de 2002. Los mencionados actos se ajustaron a las previsiones legales en materia de contratación estatal, y estando revestidos de la presunción de legalidad con arreglo al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual no le asiste la razón al recurrente en ninguna de sus apreciaciones..."

En relación con los hechos de la demanda, reconoció como ciertos los relativos a la existencia del contrato y su valor, la fijación de una cláusula penal pecuniaria y la fecha en que se inició su ejecución. De los restantes, dijo que eran parcialmente ciertos e hizo salvedades a algunas expresiones concernientes al cumplimiento de las obligaciones del contrato usadas en la demanda.

Propuso las excepciones de *"inexistencia del derecho pretendido"* y *"absoluta legalidad de los actos demandados"*.

4. El proceso se abrió a pruebas mediante auto del 28 de enero de 2004 (fol. 265 C.1). Vencido este período, se corrió traslado a las partes (fol. 268 C.1), para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

5. Dentro del término para alegar de conclusión, el apoderado del departamento del Tolima señaló que no se encuentra probado que éste haya obrado con desviación de poder al haber declarado el incumplimiento del contrato 089 de 2001, y tampoco se probó que las manifestaciones hechas en el comité de vigilancia por parte del Gobernador hayan existido, circunstancia que, si hubiese sido cierta, no se podría ubicar fuera del contexto donde se produjo, esto es, en el comité, lugar donde se debatía todo lo referente a las finanzas del departamento.

También dijo que el contratista incumplió reiteradamente las obligaciones del contrato contenidas en la cláusula tercera (numerales 16, 17, 18, 19, 22 y 24), como resultó plasmado en los informes de Tesorería del Despacho de la Secretaría de Hacienda, oficios que fueron el sustento de la resolución 111 de 9 de mayo de 2002.

Se probó, además, que la fiduciaria tenía la obligación contractual de asumir los costos derivados del ajuste de su software a los requerimientos del departamento, contrario a lo alegado por el contratista con el propósito de no asumir las obligaciones derivadas del contrato, lo que desencadenó el retraso del procesamiento de la información y, en últimas, el incumplimiento contractual (fol. 277 y 278 C.1).

Por su parte, la apoderada del Fiduciaria La Previsora insistió en la prosperidad de las pretensiones de la demanda y para ello reiteró, básicamente, los argumentos esgrimidos en la demanda, consistentes en la inexistencia de dolo o culpa de la demandante, respecto de las razones que esgrimió el contratante para declarar el incumplimiento (fol. 257 a 238 C.1).

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

6. Mediante sentencia de 28 de junio de 2006, el Tribunal Administrativo del Tolima se declaró inhibido para fallar de fondo el asunto (fol. 240 a 251 C. principal), decisión en contra de la cual fue interpuesto recurso de apelación por la apoderada del Fiduciaria La Previsora (fol. 264 C. principal).

7. Mediante auto de 23 de octubre de 2006, fue admitido el recurso por esta Corporación (fol. 276 C. principal) y, posteriormente, mediante auto de 10 de noviembre de 2006, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (fol. 279 C. principal).

En esta última oportunidad, el apoderado de la Fiduciaria La Previsora solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se disponga el estudio de fondo del asunto, para que sea declarada la nulidad de los actos administrativos demandados y, de forma sucinta, reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fol. 281 C. principal).

El agente del Ministerio Público presentó concepto en el que pidió la confirmación del fallo apelado, por cuanto consideró que al expediente no se aportó prueba documental idónea de la existencia de los actos administrativos demandados (fol. 284 a 289 C. principal).

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima se declaró inhibido para resolver sobre las pretensiones de la demanda, así (fol. 249 y 250 C. principal):

“En efecto, en el presente asunto la demanda es inepta (sic) por cuanto a la misma no se acompañó copia debidamente autenticada de los actos demandados, esto es, de las resoluciones 111 de 9 de mayo de 2002 que declaró el incumplimiento parcial del contrato de encargo fiduciario No. 089 del 21 de agosto de 2000 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y 200 del 22 de agosto de 2002, que modificó la anterior resolución aclarando el valor de la sanción y la confirmó en lo demás.

“De conformidad con lo previsto en el artículo 139 del C.C.A., subrogado por el artículo 25 del D.E. 2304 de 1989, para el ejercicio de la acción de nulidad, con la demanda se debe presentar una copia autenticada del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso.

“En el *sub lite*, si bien el apoderado actor (sic) acreditó haber solicitado a la administración copia autenticada de los actos demandados mediante oficio No. VJ

288 del 3 de marzo de 2003, omitió sin embargo solicitar al Tribunal que las mismas se requirieran e incorporaran al expediente antes de admitir la demanda, de conformidad con lo prescrito en el inciso 4º del artículo 139 del C.C.A. Con todo, la demanda se admitió y se notificó y una vez trabada la relación jurídico procesal, y a solicitud de la parte demandante, se ordenó al Departamento –Secretaría de Hacienda- allegar, a su consta, copia autenticada de las resoluciones demandadas, para lo cual se libró el oficio número 1861 del 27 de febrero de 2004 (fl. 266 c.1). Sin embargo, los documentos no fueron aportados por el Departamento, el actor no acreditó haber sufragado los gastos para su reproducción fotostática, ni en el proceso se aprecia interés alguno de la parte actora en el allegamiento de los precitados documentos.

“La copia auténtica del acto acusado es presupuesto procesal de la demanda y su falta impide que se admita, si además se omite aportarla en cumplimiento de una orden del juez, no queda otra alternativa que rechazar la demanda. A pesar de esa irregularidad, el proceso se adelantó sin copia auténtica del acto acusado, pues no fue allegado en ningún otro momento procesal; es decir, que en la oportunidad de proferir sentencia no obra en el proceso el acto objeto de juzgamiento.

“La deficiencia anotada es insanable en el actual estado del proceso en que la Sala debe decidir mediante sentencia, para lo cual debe contar con la copia válida del acto atacado que debe obra físicamente en el expediente, su ausencia de la actuación, adelantada para debatir su legalidad, tiene el efecto de impedir un pronunciamiento. En consecuencia la Sala se inhibirá de proferir una decisión de mérito”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la parte demandante, dentro del término legal y en el recurso de apelación, afirmó que el Tribunal de primera instancia erró al proferir el fallo (fol. 272 a 274 C. principal), por cuanto:

“1) LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. CUMPLIO A CABALIDAD CON EL ARTICULO 139 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

“Además de obrar en el expediente prueba sumaria de la existencia de los actos administrativos acusados, tal como lo establece el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, Fiduciaria la (sic) Previsora S.A., en el escrito de demanda solicitó al Tribunal (sic) como prueba, el (sic) oficiar al Departamento del Tolima para que remitiera al expediente copia auténtica de los mismos, allegando a las diligencias el Oficio (sic) mediante el cual ya los había solicitado y afirmando bajo la gravedad del juramento que a esa fecha no se había recibido respuesta a la petición de dichas copias auténticas.

"2) TENIENDO EN CUENTA EL ANTERIOR ANTECEDENTE, ERA OBLIGACIÓN DEL PONENTE SOLICITAR COPIA AUTÉNTICA DE LOS ACTOS ACUSADOS ANTES DE LA ADMISION DE LA DEMANDA, SEGÚN LO INDICADO EN EL INCISO 4 DEL ARTICULO 139 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

"Tal como lo indica el inciso 4º. del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo y visto que la Fiduciaria La Previsora S.A. había manifestado bajo la gravedad del juramento en el escrito de demanda que había oficiado al Departamento del Tolima para que le remitiera copia auténtica de los actos administrativos acusados y tal entidad no lo había hecho, correspondía al Ponente solicitarlos de oficio.

"...

"No obstante carecer tales documentos de la refrendación por parte del Departamento del Tolima, y en la medida que en la contestación de la demanda en ningún momento la entidad demandada pone en duda la autenticidad de los mismos y los reconoce expresamente pues las excepciones son de fondo, se considera que por economía procesal en esta instancia proferir una providencia inhibitoria o una nulidad de lo actuado constituye denegación de justicia, pues en el expediente están dadas las condiciones suficientes para que exista pronunciamiento de fondo sobre la controversia y la misma Ley otorgó los elementos para haber subsanado esa falencia eminentemente formal".

IV. CONSIDERACIONES:

1.- LO QUE SE PRETENDE:

La demandante pretende la declaratoria de nulidad de las resoluciones 111 de 9 de mayo de 2002 y 200 de 22 de agosto del mismo año, proferidas por el departamento del Tolima, a través de las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato de encargo fiduciario 089 de 2000.

Como consecuencia de dicha declaratoria, solicita la condena contra la demandada por los perjuicios irrogados a la Fiduciaria La Previsora con ocasión de la expedición de dichas resoluciones.

2.- OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, la acción de controversias contractuales caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de

hecho o de derecho que le sirvan de fundamento y, particularmente, en aquellos contratos que requieran liquidación, si ésta es efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta. Si la liquidación es unilateral, a más tardar dentro de los dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del acto que la apruebe o, si no se liquidó dentro de los dos (2) meses siguientes al plazo convenido por las partes o del término fijado por la ley, la parte interesada podrá acudir para obtener la liquidación judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

En el presente asunto, los actos administrativos surgen dentro de una relación de carácter contractual y fueron proferidos en mayo y agosto de 2002, siendo ello así y habiéndose presentado la demanda el 14 de marzo de 2003, resulta evidente que la acción se ejercitó dentro del término previsto para el efecto.

3.- LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Previo a resolver el fondo del asunto, se decidirá lo correspondiente a las excepciones propuestas por el departamento del Tolima (inexistencia del derecho pretendido y absoluta legalidad de los actos demandados).

Pues bien, las excepciones mencionadas carecen de tal connotación, por cuanto no configuran un medio exceptivo, ya que ninguna de ellas se encuentra dirigida a enervar las pretensiones procesales o a extinguirlas y su formulación tiene como propósito, más bien, reargüir los supuestos fácticos en que se erige la acción, en virtud del legítimo derecho de defensa que le asiste a la demandada.

Por consiguiente, no prosperan las que el demandado denominó como excepciones.

4.- VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS APORTADAS AL EXPEDIENTE JUNTO CON LA DEMANDA.

En el recurso de apelación se cuestiona que la sentencia de primera instancia no haya tomado una decisión de mérito frente a las pretensiones de la demanda, pues el Tribunal consideró que no existía prueba idónea de la existencia de los actos administrativos demandados, habida cuenta que fueron allegados en copia simple.

Esta Corporación, en relación con el tema del valor de las copias simples, dijo en sentencia de unificación lo siguiente¹ (se transcribe *in extenso*):

¹ Consejo de Estado, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, radicación 25.022, demandante: Rubén Darío Silva Alzate y otros, demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

“En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento. Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

“...

“Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: ‘Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos’. ‘Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente’. Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la

presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades.

“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

“Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a

lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

Como se ve, no sólo existen pronunciamientos jurisprudenciales que permiten tener como auténticos los documentos aportados con la demanda en copia simple (actos administrativos demandados), porque sobre ellos existió la oportunidad de contradicción (bien para tacharlos o bien para que se efectúe un cotejo), sino que también resulta expresa y aplicable la regla del artículo 246 del C.G.P, según la cual:

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”.

De manera que las razones que esgrimió el Tribunal para abstenerse de proferir sentencia de mérito en el presente caso no resultan válidas en la actualidad, debido a la existencia de la norma adjetiva referida, a su aplicabilidad en el asunto y a la línea jurisprudencial que, conforme a la ley, se ha decantado en materia de pruebas documentales. En esta medida, la Sala abordará el estudio de legalidad de las resoluciones demandadas y le dará valor probatorio a las copias que de ellas fueron aportadas con la demanda.

5.- NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 111 DE 9 DE MAYO Y 200 DE 22 DE AGOSTO DE 2002 E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO 089 DE 21 DE AGOSTO DE 2000:

La Sala encuentra *-prima facie-* que las resoluciones demandas se encuentran viciadas de nulidad, por falta de competencia *ratione materiae*.

En efecto, de la lectura de los actos administrativos demandados se infiere que la administración departamental se arrogó competencias de las que carecía bajo el régimen de la ley 80 de 1993.

En efecto, en la Resolución 111, de 9 de mayo de 2002, se lee lo siguiente (fol. 9 a 12 C.1):

“El incumplimiento de las mencionadas obligaciones ha traído como consecuencia, que el Departamento no haya podido entregar al Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos la información por ellos solicitada para la aprobación del plan de pagos mensual. Es de aclarar que en el Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos se estableció que la Fiduciaria deberá asistir a las reuniones y presentar el informe sobre aspectos financieros relacionados con el recaudo de ingresos y pagos realizados, y la no (sic) asistencia a dicho Comité es un incumplimiento del contrato (sic) tal y como se ha venido reiterando en las reuniones del Comité celebradas en octubre, noviembre y diciembre de 2001.

“Que el contrato en su cláusula décima séptima establece: ‘CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo de la FIDUCIARIA, ésta deberá pagar a EL DEPARTAMENTO una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato del año correspondiente’.

“Que además la cláusula VIGÉSIMA SEGUNDA, del contrato 089 de 2001, preceptúa: ‘CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO: Sin perjuicio de las sanciones establecidas en el artículo 1249 del Código de Comercio y siguiente, constituyen causales de incumplimiento por parte de la FIDUCIARIA, las citadas a continuación: 1) actuar en forma negligente en ejecución de los actos necesarios para la finalidad del encargo fiduciario. 2) La destinación diferente de los recursos fiduciarios, de acuerdo al orden de prioridades establecidos en el presente contrato. 3) Ejecutar acciones que impliquen la unión de los bienes del encargo fiduciario, con los propios, o con los de otros negocios fiduciarios. 4) Invertir los fondos provenientes del negocio fiduciario en otros negocios diferentes a los estipulados en el contrato. 5) No actuar diligentemente en cuanto a la defensa de los bienes fideicometidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente. 6) Cuando se descubran maniobras tendientes al manejo indebido de los recursos entregados en fideicomiso. **7) No suministrar los informes que sean requeridos por EL DEPARTAMENTO o los organismos de control.**

“ ...

“RESUELVE:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ha incumplido parcialmente el contrato No. 089 de 21 de agosto de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“ARTICULO SEGUNDO: Como (sic) consecuencia, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., deberá reconocer al Departamento una indemnización equivalente al 10% del valor del contrato para el año 2.001, que asciende a la suma de TRECE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$13.800.000.00) M.CTE, de conformidad con la cláusula décima séptima (sic) del contrato.

“ARTICULO TERCERO: Declarar el siniestro de incumplimiento.

“ARTICULO CUARTO: Contra la presente resolución procede únicamente el recurso de reposición, el cual debe interponerse ante este Despacho dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación personal y (sic) en su defecto (sic) al de la desfijación del edicto.

ARTICULO QUINTO: Notifíquese el contenido de la presente resolución al representante de SEGUROS DEL ESTADO S.A. Remítase comunicación a la Cámara de Comercio de esta ciudad”.

Por su parte, la resolución 200 de 22 agosto de 2002 confirmó, en esencia, lo decidido en la resolución antes transcrita, en los siguientes términos (fol. 13 a 25 C1):

“RESOLVE

“ARTICULO PRIMERO: Modificar el artículo segundo de la resolución No. 111 de mayo 9 de 2002., en el sentido de que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. deberá cancelar (sic) en favor del Departamento del Tolima, la suma de \$13.800.000, que comprende la indemnización equivalente al 10% del valor del contrato por la primera anualidad contractual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este acto.

“ARTICULO SEGUNDO: Confírmese (sic) en los demás aspectos la resolución mencionada en el artículo anterior” (fol.25 C.1).

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado en distintas oportunidades acerca de la competencia *ratione materiae* de las entidades estatales para declarar, unilateralmente y a través de acto administrativo, el incumplimiento del contrato estatal y ha señalado que ninguna de las normas de la Ley 80 de 1993 consagra esa facultad, por lo que, en virtud del principio de legalidad que gobierna la actividad administrativa, particularmente la contractual, las entidades no pueden ejercer potestades que no han sido otorgadas o autorizadas por la Constitución y la ley, de modo que, para obtener la declaración de incumplimiento y la indemnización de los perjuicios causados por tal comportamiento antijurídico debía acudir al juez natural del contrato.

En efecto, en sentencia del 10 de febrero de 2005, la Sección Tercera de esta Corporación sostuvo (expediente 25.765):

“... la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración (sic) para declarar el incumplimiento del contratista; (sic) sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato (sic) condicionado a que ‘afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización’ (art. 18). Por ello (sic) se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a

que 'Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones' y a que 'Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley''.

El anterior pronunciamiento fue reiterado por esta Subsección, en sentencia del 29 de enero de 2014 (exp. 26.869).

Cabe precisar que el marco jurídico de la Ley 80 de 1993, antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, era el que se hallaba vigente al momento de la celebración y de la ejecución del contrato objeto de análisis y, por consiguiente, es el régimen jurídico que lo gobierna, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; no obstante, resulta pertinente precisar que, hoy en día, por expresa disposición del artículo 17 de la citada Ley 1150², las entidades estatales tienen la facultad de declarar el incumplimiento, con el único propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, facultad que, conforme a lo dispuesto por el parágrafo transitorio de dicha norma, fue otorgada con efecto retrospectivo, es decir, con aplicación para los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia y cuyo incumplimiento se consolide con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma³.

En esa medida, los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 111 de mayo 9 y 200 de agosto 22 de 2002 están viciados de nulidad, en la medida en que, a través de ellos, se materializó una facultad de la que carecía la entidad contratante, para la época en la cual adoptó la decisión en ellos plasmada, lo que se traduce en que declaró el incumplimiento con falta de competencia *ratione materiae*.

² **“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.**

“PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas” (se resalta).

³ La ley 1150 de 2007 fue publicada en el Diario Oficial el 16 de julio de 2007 y, por expresa disposición del artículo 33, empezó a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6º que entró a regir a los dieciocho (18) meses de ello.

Ahora bien, en la demanda no se invocó la falta de competencia de la entidad estatal contratante como causal de nulidad de las Resoluciones acusadas; sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado, de manera uniforme y reiterada, que en aquellos casos en los cuales el juez advierta tal vicio de invalidez debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una de las más graves causales de ilegalidad.

Así se advierte del siguiente pronunciamiento⁴:

"... comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad⁵; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

'En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. **Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o racione temporis que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador'**⁶.

Así, pues, si la administración consideraba que la unión temporal demandante había incumplido las obligaciones a su cargo, debió acudir al juez del contrato, para solicitar la declaración en tal sentido y las condenas a la indemnización de los perjuicios causados y, en caso de que fuera el contratista quien deprecara la declaración de incumplimiento, como sucedió en este caso, aquélla debió argüir los hechos constitutivos de incumplimiento a título de medio exceptivo, tal como lo dispone el artículo 1609 del Código Civil.

Por consiguiente, desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos cuestionados, se impone declarar su nulidad.

En relación con los perjuicios que se mencionan tanto en el acápite de pretensiones como en la estimación razonada de la cuantía, no se encuentra en la demanda, ni en

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292.

⁵ La doctrina ha expuesto sobre el tema: "**De todas las formas de ilegalidad (la incompetencia), es la más grave:** los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: **la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda.** Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente" (resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: "Derecho Administrativo", Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p.274) (cita original de la sentencia anotada).

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. 10.196.

las pruebas aportadas al proceso, la forma en que ellos se concretaron, ni la forma en que los actos administrativos anulados causaron detrimento a la demandante, razón por la cual se negará esa pretensión.

COSTAS:

No habrá lugar a condena en costas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, de conformidad con las previsiones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

F A L L A:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

- **Declárase la nulidad de la resolución 111 de 9 de mayo de 2002, proferida por la Secretaría de Hacienda del departamento del Tolima, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato 089 de 21 de agosto de 2001, celebrado entre la Fiduciaria La Previsora S.A. y el departamento del Tolima.**
- **Declárase la nulidad de la resolución 200, de 22 de agosto de 2002, proferida por la Secretaría de Hacienda del departamento del Tolima, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 111 de 9 de mayo, que declaró el incumplimiento parcial del contrato 089 de 21 de agosto de 2001, celebrado entre la Fiduciaria La Previsora y el departamento del Tolima.**

SEGUNDO.- Nieganse las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO.- Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA