

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Existencia del contrato – Carga de la prueba – Accionante

En el presente caso, dado que la parte demandante no probó con documento idóneo, como era de su cargo hacerlo, la existencia del contrato en virtud del cual ejerció la acción de controversias contractuales y en el que respaldó las «inversiones y mejoras» que dijo haber realizado en el predio arrendado previa autorización de la entidad demandada, cuyo pago reclama, no es posible acceder a esta pretensión, por cuanto tal omisión imposibilita a la Sala para determinar si en realidad las partes celebraron el contrato, la fecha en la cual habría sido celebrado para efectos de establecer el régimen jurídico aplicable, así como las mejoras e inversiones que presuntamente habría realizado con ocasión del mencionado convenio.

ACTO ADMINISTRATIVO FICTO – Configuración – Requisitos

En ese contexto, dado que se configuró un acto administrativo ficto de carácter negativo, atendiendo las previsiones del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - correspondía a la parte accionante demandar el acto administrativo objeto del recurso, esto es, la resolución [...], como también el acto presunto que, según lo relatado en el libelo introductorio, lo habría confirmado. [...] No obstante, tras revisar el contenido de las pretensiones presentadas por la parte demandante, se observa que el acto administrativo presunto no fue demandado y, por tal razón, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación de tiempo atrás, no es posible pronunciarse de fondo en relación con esta pretensión y con las demás que, según lo dicho con anterioridad, le son consecuenciales. Lo anterior, en razón a que cuando lo pretendido es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, aun cuando se trate de actos contractuales, la determinación exacta y precisa de lo que se demanda, exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración, ya que no se compeadece con la finalidad de la solicitud de anulación la posibilidad de que, luego de emitida una sentencia, se mantengan incólumes actos administrativos contrarios a lo allí decidido, así entonces, cuando se trata de individualizar el acto acusado con el fin de formular la respectiva demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cuestionamiento debe dirigirse contra la totalidad de la manifestación de voluntad de la Administración.

PRUEBA DEL CONTRATO – Requisitos de existencia del contrato

La jurisprudencia de la Sala ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado, la formalidad del escrito, según lo dispuesto en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento también ha sido exigida por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad que en la actualidad rige la actividad contractual de las entidades públicas. Ha sostenido igualmente esta Corporación que no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían que la existencia de los contratos podía demostrarse «por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes», salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato. A juicio de la Sala las normas contractuales no pueden interpretarse aisladamente sino, en armonía con las normas procesales -concretamente con los artículos 175 del C. de P. C., disposición en la cual se establecen los medios de prueba que pueden hacerse valer ante el juez y, 187 ibídem, a cuyo tenor «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos»-, bajo el principio de hermenéutica del efecto útil de la interpretación de la norma que obliga al juez a preferir aquella interpretación que confiere efectos a una norma frente a la opción en la cual dichos efectos se desconocen o disminuyen significativamente.

SOLEMNIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Prueba del contrato – Copia simple

Como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual encuentra como presupuesto indispensable la existencia de un contrato cuya acreditación, como resulta apenas natural, debe realizarse de manera regular y oportuna dentro del proceso, con la excepción que cabe predicar respecto de los eventos en los cuales se discuta o se pretenda la declaratoria de la existencia misma del vínculo contractual. Ocurre que en el asunto que ha sido sometido a examen de la Sala, como ya se dijo, el documento allegado para efectos de demostrar la existencia del contrato de arrendamiento se encuentra aportado al expediente en copia simple, razón por la cual carece de valor probatorio, según los dictados de las normas procesales que fueron analizadas y, por tanto, no puede ser apreciado como si se tratara del original.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D. C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 08001-23-31-000-1997-00535-01(22279)

Actor: CARLOS PATERNOSTRO S. Y COMPAÑÍA S. EN C.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA - INURBE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, de Barranquilla, por medio de la cual se abstuvo de resolver de fondo el asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 4 de abril de 1995, la sociedad CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. Y COMPAÑÍA S. en C., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda

ordinaria en contra del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE -.

En el escrito de la demanda se solicitó que se declare la nulidad de la resolución número 000005 del 24 de enero de 1995, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento número 003/91; que se declare el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la sociedad demandante; que se paguen los perjuicios materiales ocasionados en virtud de tal decisión administrativa y, finalmente, que se condene al Instituto a pagar el valor de las inversiones y de las mejoras que se realizaron en el predio arrendado.

2. Hechos.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

El antiguo Instituto de Crédito Territorial, hoy **INURBE**, y la sociedad **CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. Y COMPAÑÍA S. en C**, suscribieron contrato de arrendamiento número 003/91 sobre un lote de terreno ubicado en la ciudad de Barranquilla, con término de duración de 4 años contados a partir del perfeccionamiento - el 13 de marzo de 1991 - y un canon mensual de \$90.000, valor que debía ser reajustado anualmente de conformidad con Índice de Precios al Consumidor.

Mediante oficio del 2 abril de 1991 dirigido a la Secretaría de Planeación Municipal, el representante legal del entonces Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, autorizó al representante legal de la sociedad contratista para que tramitara licencias de construcción sobre un área de 140 metros cuadrados del lote objeto del contrato y, además, para que adelantara otras mejoras en el inmueble.

La Alcaldía Mayor de Barranquilla, Departamento Administrativo de Planeación Municipal, previo adelantamiento del trámite pertinente, expidió las resoluciones 241 y 121 de 1991, por medio de las cuales otorgó unas licencias de construcción, con fundamento en las cuales la sociedad demandante construyó 4 locales comerciales, un local bodega y uno habitacional, con un total de inversión de \$69.000.000.

El 11 de junio de 1991, el representante legal de la sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y Compañía S. en C., mediante oficio radicado bajo el número 002153 solicitó al Instituto demandado que le manifestara si el pago de las inversiones y mejoras realizadas se iba a hacer durante la vigencia del contrato de arrendamiento o a la finalización del mismo, petición que fue resuelta el 3 de julio de la misma anualidad, cuando se le informó que dicho pago se realizaría “*en la respectiva asignación presupuestal que se haría en el período inmediatamente anterior al de la finalización del contrato*”, sin embargo, según se dijo en la demanda, a la fecha de su presentación éste no se había efectuado.

El 23 de enero de 1995, la sociedad requirió nuevamente el pago de las inversiones y mejoras realizadas en el lote de terreno que le había sido arrendado, para lo cual allegó todos los “*elementos probatorios para establecer el cabal cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento*”, sin embargo, la solicitud no fue resuelta y, por tal razón, el 31 de enero de ese mismo año elevó petición en igual sentido, el cual tampoco le fue contestado.

Posteriormente, el 1 de febrero de 1995, el representante legal de la sociedad demandante se notificó de la Resolución número 000005 del 24 de enero del mismo año, por medio de la cual la Administración dio por “*terminado, UNILATERALMENTE, de forma ABIERTAMENTE ILEGAL, el contrato de arrendamiento*”, con sustento en el incumplimiento de obligaciones tales como cánones de arrendamiento y póliza de cumplimiento, esto, aunque de manera oportuna se habían presentado ante el Instituto todos los recibos de paz y salvo y la póliza de cumplimiento del contrato, comprendida en la vigencia 1994 - 1995.

En contra de la decisión anterior la sociedad actora interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, sin embargo, según se afirmó en la demanda, transcurridos dos meses después de su interposición no se le notificó decisión alguna al respecto, razón por la cual se generó un silencio administrativo negativo.

Finalmente, la parte demandante manifestó que no incurrió en incumplimiento respecto de las obligaciones del contrato, que no le han sido reembolsados hasta la fecha de presentación de la demanda los dineros correspondientes a inversiones y mejoras en el bien arrendado y que, además, la decisión de declarar

la caducidad administrativa del contrato le ha ocasionado serios perjuicios económicos.

3. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante señaló como normas violadas los artículos 2, 6 y 25 de la Constitución Política de 1991, los artículos 1982, 1984, 1987, 1993, 1994 y 1995 del Código Civil, así como los artículos 18, 19, 43 y 67 del Decreto-ley 222 de 1983.

Como concepto de violación indicó que por la finalidad propia de las normas constitucionales y legales, el Instituto demandado, dada su naturaleza de contratante, estaba en la obligación de observar los preceptos supralegales del contrato de arrendamiento, así como la protección al trabajo del arrendatario, aspectos que constituyen una obligación legal y que tienen incidencia en el ejercicio prudente del poder, en el principio de eficacia administrativa y de protección efectiva a los derechos individuales, en el respeto por las formalidades que establece la ley para la expedición de actos administrativos y que imponen el deber de indemnizar al arrendatario cuando se le causan perjuicios con ocasión de la terminación unilateral del contrato.

Indicó que la actividad del INURBE debe sujetarse a la inversión con la cual se comprometió, previa apropiación presupuestal que garantice la seriedad y el cumplimiento de los contratos que celebre; por tanto, si la Administración le manifestó a la sociedad contratista que un año antes de la terminación del contrato le reembolsaría los dineros correspondientes a las inversiones y mejoras que éste efectuara en el inmueble, debió entonces prever esta medida a través de la correspondiente reserva presupuestal¹.

4. El trámite de la primera instancia

La demanda así presentada fue admitida por auto del 27 de abril de 1995² y notificada en legal forma al Ministerio Público³ y a la entidad demandada el 4 de mayo de 1995⁴.

¹ Folios 49 a 65 del expediente.

² Folios 67 y 68 del expediente.

³ Reverso folio 68 del expediente.

⁴ Folio 69 del expediente.

5. La contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda por fuera del término legal dispuesto para ello⁵.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, de Barranquilla, mediante sentencia proferida el 14 de febrero de 2001 se abstuvo de decidir de fondo el asunto con sustento en que el acto demandado no llegó a tener el carácter de firme, toda vez que éste fue revocado mediante acto expreso por la misma Autoridad que lo profirió y se notificó a la sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y Compañía S. en C., inclusive, antes de que la demanda fuera repartida.

En ese sentido, manifestó el *a quo* que el acto demandado no alcanzó a producir efectos jurídicos y que, por tal razón, debía inhibirse para fallar de fondo el asunto⁶.

7. La impugnación

Contra la decisión anterior la parte demandante interpuso recurso de apelación y como sustento de su inconformidad señaló que en la sentencia existe una incongruencia entre lo pedido y lo resuelto, toda vez que el *a quo* se limitó a resolver una sola de las pretensiones planteadas en la demanda, por cuanto únicamente se pronunció respecto de la legalidad del acto administrativo demandado y desconoció las demás declaraciones y condenas formuladas por el accionante.

En ese mismo orden de ideas, indicó que se trata de una relación contractual en virtud de la cual es posible que se presenten distintos acontecimientos que originen diversos conflictos entre las partes y que, por tal razón, el accionante

⁵ El negocio se fijó en lista por término de cinco (5) días que corrieron entre el 16 y el 22 de mayo de 1995 (Ver folio 70 del expediente), mientras que la contestación de la demanda se presentó el 23 de mayo de esa anualidad (Ver folios 72 a 75 del expediente).

Con la contestación de la demanda el INURBE llamó en garantía al señor Juan M. Vega Luna, petición que fue resuelta favorablemente por el Tribunal, sin embargo, dada la extemporaneidad de la misma, el llamamiento en garantía no se tendrá en cuenta en esta instancia.

⁶ Folios 184 a 204 del expediente.

dentro de sus pretensiones enuncie respecto de cada conflicto una petición autónoma y no que se limite a un solo aspecto, tal como se lo permiten el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Manifestó que en la sentencia no se resolvió acerca del reconocimiento de los perjuicios materiales que fueron solicitados por la parte demandante, tanto los que se refieren a lucro cesante y daño emergente, como los derivados de las obras realizadas en el terreno arrendado.

Después de transcribir los artículos 209, 4, 6, 13, 90, 2 y 1º de la Constitución Política de 1991, así como los artículos 3, 4, 5, 23, 25, 26, 27, 28, 50, 51, 54 y 55 de la Ley 80 de 1993 y refiriéndose a los artículos 60 y 61 de esta última, señaló que a pesar de que el Tribunal que resolvió en primera instancia el proceso indicó que existió un acto administrativo que declaró la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento y que tal acto fue revocado posteriormente, nada dijo en relación con la liquidación del contrato aunque su terminación se encontraba pronta a ocurrir, estando en la obligación legal de pronunciarse, dado el carácter imperativo de esta norma de orden público.

Adicionalmente, adujo que al no pronunciarse el Tribunal sobre el fondo del asunto desconoció “*de manera arbitraria (sic), injusta e ilegal derechos y prerrogativas constitucionales y legales de la sociedad Arrendataria*”, con lo cual, según afirmó, se le causó un menoscabo patrimonial, en razón de que la sociedad dispuso de sus recursos para realizar unas obras que habían sido previamente autorizadas por el Instituto demandado.

Posteriormente y tras hacer algunas consideraciones acerca del artículo 90 constitucional, señaló que en este caso resultaba incuestionable que se había producido un daño antijurídico en contra de la sociedad demandante, no obstante lo cual el Tribunal no se pronunció al respecto, así como tampoco lo hizo en relación con la responsabilidad de la entidad demandada y del llamado en garantía por esa misma causa.

Así mismo, se refirió al enriquecimiento sin justa causa y al respecto indicó que la entidad accionada resultó beneficiada con las inversiones que, previa su autorización, se realizaron sobre el predio arrendado, lo cual, según se señaló, fue reconocido por el representante legal del Instituto, de tal manera que por no ser

reconocido y hallarse tan enormemente afectado el patrimonio de la contratista, se contravienen los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho.

Finalmente, la parte recurrente, previo a realizar algunas consideraciones en relación con el derecho de retención, aseguró que a ella le corresponde ejercerlo por encuadrar los hechos en las normas jurídicas existentes al respecto⁷.

8. El trámite de la segunda instancia

El recurso así presentado el 20 de junio de 2001⁸, fue admitido por auto del 21 de junio de 2002⁹ y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 19 de julio del mismo año¹⁰ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal en el que se guardó silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el litigio planteado en este proceso:

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, de Barranquilla el 14 de febrero de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en sesenta y nueve millones de pesos (\$69.000.0000) por concepto de daños materiales, mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹¹ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de nueve millones seiscientos diez mil pesos (\$9.610.000) (Decreto 597 de 1988).

⁷ Folios 210 a 225 del cuaderno principal.

⁸ Reverso folio 173 204 del cuaderno principal.

⁹ Folio 232 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 254 del cuaderno principal.

¹¹ 4 de abril de 1995 (Folio 177 del expediente).

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75¹² prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹³; considerando que las normas procesales son de aplicación inmediata sin importar, como ocurre en el caso concreto, que el contrato se hubiera celebrado en vigencia del Decreto-ley 222, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 4 de abril de 1995, esto es, luego de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993.

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso que esta Jurisdicción es competente para conocer de los procesos “(...) *relativos a contratos, cualquiera sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

2. El caso concreto

En virtud del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso de la referencia, la sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y Compañía S. en C., solicitó que se revocara dicha decisión y que, en su lugar, se resolviera de fondo el asunto, por cuanto, según señaló, la demanda no fue analizada en su integridad, pues el *a quo* únicamente se pronunció acerca de una de las pretensiones que la componían. Como consecuencia de lo anterior, pidió que en esta instancia se ordenara que le sean resarcidos los daños patrimoniales que le fueron ocasionados.

Para efectos de resolver los argumentos presentados por la sociedad recurrente en su recurso de apelación, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

¹² Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

¹³ Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido: “Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75 (...).” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.)

2.1. En la demanda que fuera presentada el 4 de abril de 1995 y que constituye el objeto de estudio del presente litigio, se hicieron las siguientes solicitudes de declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare nula la resolución No. 000005 de fecha 24 de enero de 1.995 proferida por el **INURBE** y que en su parte considerandos y resoluciones declara la caducidad (Terminación Unilateral del Contrato) del contrato de arrendamiento No. 003/91 suscrito con la sociedad **CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. & S. en C.**, representada legalmente por **CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S.**

SEGUNDA: Que con fundamento en lo anterior, se declare la existencia, vigencia y el debido cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la sociedad arrendataria;

TERCERA: Condenar al **INURBE** A PAGAR A LA SOCIEDAD **CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. & S. en C.**, el valor de los perjuicios de orden material (Lucro cesante y Daño emergente) que le fueron ocasionados, los cuales ascienden a la suma de **CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS M/L (\$4.825.000.00)**, o la que resulte liquidada conforme al procedimiento indicado en el artículo 307 del C.P.C., monto que ha de ser actualizado en su valor;

CUARTA: Condenar a pagar al **INURBE**, a la sociedad **CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. & S. en C.**, representada legalmente por **CARLOS PATERNOSTRO S.** las inversiones y mejoras autorizadas por ese Instituto y que dieron origen a las licencias de construcción proferidas por el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, bajo las resoluciones No. 241 y 121 de 1.991, la suma de **SESENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS M/L \$69.000.000.00**, o la que resulte liquidada, previo peritazgo y avalúo, decretado por esa Corporación, conforme al artículo 307 del C.P.C..

QUINTA: Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

SEXTA: A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículo 176 y 177 del C.C.A.”

Como puede observarse a partir del texto literal de las pretensiones y, además, de lo expuesto como sustento fáctico de las mismas, es posible concluir que las peticiones enumeradas de la primera a la tercera se encuentran relacionadas entre sí, en tanto que de la prosperidad de la declaración principal, esto es la solicitud de nulidad del acto administrativo acusado, así como de la declaración de cumplimiento de las obligaciones contractuales, depende la condena que por perjuicios materiales en la modalidad de daños emergente y lucro cesante se pretende obtener.

En efecto, en el texto de la demanda, en el acápite de “**HECHOS Y OMISIONES**”, además de indicarse que no había lugar a decretar la caducidad administrativa del contrato, por cuanto la sociedad arrendataria cumplió con la totalidad de sus obligaciones, se manifestó:

“1.5. (...) De igual manera la sociedad ha tenido graves y serios perjuicios económicos con

la resolución de cláusula de caducidad decretada por el INURBE, (...), los cuales debe resarcir y los estimo (Daños y perjuicios ajenos al pago de las inversiones y mejoras realizadas) de la siguiente manera:

A. PERJUICIOS MATERIALES

1. DAÑO EMERGENTE.

A- PARQUEADERO SANTANDER de propiedad de la sociedad arrendataria y ubicado en el lote arrendado por el **INURBE**.

A.1. Por concepto de arriendo de parqueo de vehículos mensuales dejado de percibir de parte de la Gobernación del Atlántico, **al notificársele a ésta, que no podía continuarse con dicho contrato en razón de una resolución de contrato de parte del INURBE, a partir del 3 de febrero de 1995, hasta cuando se haga efectivo el pago:**

(...) \$7.00.000.00

A.2. Por concepto de arriendo del parqueo de vehículos mensuales dejado de percibir de parte de particulares por notificárseles la medida del **INURBE**:

(...) \$300.000.00.

A.3. Liquidación prestaciones sociales administrador del parqueadero:

(...) \$550.000.00.

A.4. Liquidación de prestaciones sociales del celador del Parqueadero Santander

(...) \$275.000.00.

B - CAFETERIA PORTOFINO de propiedad de la sociedad arrendataria y ubicada en la calle 40 # 45 - 45 (inmueble arrendado por el **INURBE**)

B.1. Liquidación de prestaciones sociales Administrador de la Cafetería Portofino

(...) \$550.000.00.

B.1. (sic) Liquidación prestaciones sociales cuatro (4) cocineras de la Cafetería Portofino

(...) \$1.100.000.00.

C. Gastos por nuevas oficinas de la sociedad CARLOS ARTURO PATERNOSTRO S. & S. en C

(...) \$1.900.000.00.

Para un gran total de \$4.825.000.00

2. Lucro cesante. Interés comercial que debe resarcir el INURBE hasta la sentencia”.

En ese contexto, resulta apenas razonable entender que de manera previa a resolver sobre los perjuicios que se atribuyen a un acto supuestamente ilegal, sea necesario decidir acerca de la validez del mismo, en tanto que si no se logra desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, bien porque el acto se encuentra ajustado a derecho o bien porque no sea posible proferir pronunciamiento de fondo al respecto, los daños antijurídicos que a la supuestas

irregularidades del acto se imputen, por ser consecuenciales, no tendrán vocación de prosperidad.

Así las cosas, dado que, según se expuso, en esta caso la solicitud de reconocimiento de daños materiales en las modalidades de daño emergente y de lucro cesante depende de la pretensión de nulidad de la resolución número 000005 de 24 de febrero de 1995, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato, para efectos de pronunciarse sobre tales perjuicios deberá primero abordarse el tema de la validez del acto acusado.

No ocurre lo mismo respecto de la cuarta pretensión, por medio de la cual la sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y Compañía S. en C., solicitó que se condene al Instituto demandado al pago de las mejoras e inversiones que realizó sobre el predio que le fue arrendado, pues como bien puede evidenciarse, en este caso la condena que se pretende no se deriva de la supuesta irregularidad del acto acusado, sino, según se extrae de la demanda, de las obras que habría ejecutado el contratista en virtud del contrato de arrendamiento y previa autorización de la Administración, quien a pesar de beneficiarse de ellas no ha reconocido y pagado valor alguno por tal concepto.

En ese orden de ideas, en este punto, aunque de manera parcial, cabría razón al apelante, dado que si el Tribunal Administrativo decidió inhibirse de resolver acerca de la validez del acto administrativo demandado, tal determinación abarcó, por las razones antes expuestas, las dos pretensiones subsecuentes a la de nulidad de la resolución número 000005 del 24 de enero de 1995, mas no la cuarta petición porque ésta, como viene de verse, no depende del juicio de validez del mencionado acto y por tal razón era posible emitir un pronunciamiento de fondo al respecto.

Ahora bien, dado que la parte apelante solicitó que se revise la sentencia de manera íntegra y que se resuelvan favorablemente sus pretensiones, procede la Sala a analizar la demanda. Previo a ello, cabe precisar que no pueden ser tenidas en cuenta dentro del presente proceso las consideraciones expuestas por la parte demandada en su contestación, como tampoco las peticiones presentadas y los documentos allegados en esa oportunidad, toda vez que, como se explicó en el acápite de antecedentes de la presente providencia, la contestación se presentó de manera extemporánea.

La solicitud de nulidad se dirigió en contra de la resolución número 000005 del 24 de enero de 1995, por medio de la cual el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE -, declaró la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento número 003/91, suscrito entre el Instituto de Crédito Territorial (hoy INURBE) y la sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y Compañía S. en C.

La decisión que en ese sentido adoptó la Administración fue notificada a la sociedad contratista el 1º de febrero de 1995, según lo manifestado por la propia sociedad demandante¹⁴ y de conformidad con el documento aportado por ella misma que obra a folio 29 del expediente.

En contra del acto administrativo antes mencionado se interpuso, dentro del término oportuno dispuesto para ello¹⁵, recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual, según lo expuesto en la demanda, no había sido resuelto a la fecha de presentación de la acción, esto es, después de transcurridos más de dos meses desde su interposición, por lo cual, expresó la actora, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 del Decreto 01 de 1984¹⁶, se configuró un acto administrativo ficto, a través del cual el Instituto demandado habría confirmado la decisión contenida en la resolución número 000005 del 24 de enero de 1995.

En ese contexto, dado que se configuró un acto administrativo ficto de carácter negativo, atendiendo las previsiones del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo¹⁷ - Decreto 01 de 1984 - correspondía a la parte accionante

¹⁴ Así lo indicó en el documento contentivo del recurso (folios 30 a 40 del expediente) y en la demanda (folios 49 a 65 del expediente).

¹⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - el recurso de reposición y en subsidio apelación debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación del acto administrativo y dado que en este caso la resolución acusada se notificó el 1º de febrero de 1995 y el recurso, según consta a folios 30 a 40 del expediente se presentó el día 3 del mismo mes y año, cabe concluir que fue presentado de manera oportuna.

¹⁶ “ARTICULO 60. SILENCIO ADMINISTRATIVO. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. (...)”.

¹⁷ “ARTICULO 138. INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> (...)

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”.

demandar el acto administrativo objeto del recurso, esto es, la resolución número 000005 del 24 de enero de 1995, como también el acto presunto que, según lo relatado en el libelo introductorio, lo habría confirmado.

No obstante, tras revisar el contenido de las pretensiones presentadas por la parte demandante, se observa que el acto administrativo presunto no fue demandado y, por tal razón, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación de tiempo atrás, no es posible pronunciarse de fondo en relación con esta pretensión y con las demás que, según lo dicho con anterioridad, le son consecuenciales.

Lo anterior, en razón a que cuando lo pretendido es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, aun cuando se trate de actos contractuales, la determinación exacta y precisa de lo que se demanda, exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración, ya que no se compadece con la finalidad de la solicitud de anulación la posibilidad de que, luego de emitida una sentencia, se mantengan incólumes actos administrativos contrarios a lo allí decidido, así entonces, cuando se trata de individualizar el acto acusado con el fin de formular la respectiva demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cuestionamiento debe dirigirse contra la totalidad de la manifestación de voluntad de la Administración.

En este orden de ideas, al no haberse trabado en legal forma la relación procesal, pues el litigio no recayó sobre la totalidad de los actos que contienen la decisión de la Administración en relación con la declaratoria de caducidad del contrato de arrendamiento, la consecuencia del incumplimiento de dicho requisito es la declaratoria de inepta demanda, esto, claro está, únicamente en relación con la pretensión de nulidad del acto administrativo y con las demás pretensiones que, según se explicó, le son consecuenciales, pues respecto de ellas resulta imposible un pronunciamiento de fondo.

2.2. Así las cosas, dado que, como ya se había planteado con anterioridad, la imposibilidad de pronunciarse de fondo respecto de las tres primeras pretensiones de la acción no enerva la posibilidad de hacerlo en relación con la cuarta de ellas, por cuanto a pesar de estar acumuladas en la misma demanda, éstas son autónomas, procede la Sala a resolver de fondo sobre esta cuestión.

La parte demandante pretende que se condene al Instituto Nacional de Vivienda Urbana y Reforma Agraria - INURBE - a pagar a su favor el valor de unas “*inversiones y mejoras*” que realizó sobre el predio arrendado en virtud del contrato número 003/91 y previa autorización de la entidad demandada.

El ejercicio de la acción contractual supone, como presupuesto indispensable, la existencia de un contrato cuya acreditación corresponde asumir a la parte demandante, en este caso a la Sociedad Carlos Arturo Paternostro S. Compañía S. en C., que debía hacerlo de conformidad con las formalidades que para ello exige la ley, es decir, mediante la aportación en original o copia auténtica del documento o documentos que lo contienen, sin embargo, una vez revisado el expediente, se observa que el documento que contendría el contrato de arrendamiento al que se refiere la parte demandante no fue aportado en copia auténtica o autorizada por la entidad pública.

El artículo 168 del Decreto 01 de 1984 introduce en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el régimen legal probatorio del proceso civil. Al incorporar dicho régimen legal respecto de los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también se adoptó una parte de la filosofía¹⁸ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil que se ve materializada en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula el Código de Procedimiento Civil.

2.2.1. Concepto y contenido de la carga de la prueba.

La carga de la prueba es “*una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*”¹⁹. Sobre este tema se ha expresado la

¹⁸ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “*Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a*

Corporación²⁰ en estos términos:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”²¹. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.”

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.²²

ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág 406

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

²¹Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00: “HINESTROSA, Fernando, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.”

²² *“La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas.” (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)*

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.1961., pág. 60. Al respecto afirma: ‘La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea

El tratadista DEVIS ECHANDIA define la expresión carga de la siguiente manera:

“[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.”²³

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

En los procesos referentes a los contratos celebrados por las entidades públicas de los cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procesalmente no hay particularidades en torno a la carga de la prueba diferentes a las que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior encuentra confirmación en algunas sentencias²⁴ de esta misma Sección, en las cuales se hace referencia al tema de la carga de la prueba. En providencia de febrero 24 de 2005²⁵ la Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“En efecto, si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

“En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión

alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma”.

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: *“Aunque no se puede hablar de un **deber** de probar, sino sólo de una **necesidad o carga**, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.”* CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.

²³ DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción *carga*. Las mismas se pueden encontrar en: Ibid., págs. 378-401.

²⁴ Sentencia del 24 de febrero de 2005, exp: 14937. Citado en: Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 2005. C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14786; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 21 de 2004. C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14651.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 24 de 2005. C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14937.

incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada.

“Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, al que se remite la Sala por disposición expresa del artículo 167 del C.C.A, las providencias judiciales deben fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

“Así mismo, del artículo 177 del ordenamiento procesal ya citado, se deduce que le corresponde a las partes probar el supuesto de hecho que pretenden demostrar, lo cual implica, para el caso del proceso contractual que nos ocupa, que correspondía al demandante demostrar que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato, circunstancias éstas que no se encuentran plenamente acreditadas con el acervo probatorio allegado al expediente, el cual es precario e inconsistente.

(...).”

La misma Sala, en Sentencia de abril 21 de 2004²⁶, expresó:

*“Se deduce de todo lo expuesto, que está acreditada en el plenario la adecuación que adelantó la sociedad actora en el predio entregado por el **Municipio de Melgar**, ejecutando algunas obras en el mismo para acondicionarlo como parque; se probó así mismo, que dicha firma ejerció durante un período de un año las actividades comerciales consignadas en el contrato y a cambio de las cuales se comprometió con el Municipio a adecuar y mantener el predio, consistentes en la venta de productos alimenticios tales como helados, gaseosas, etc. y en la explotación de juegos mecánicos, aunque no se acreditó el resultado económico de tal ejercicio comercial; pero incumplió la parte actora con la carga de la prueba que le incumbía, a la luz de lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., según el cual, a las partes les corresponde probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, puesto que en el presente caso, no se acreditó el hecho fundamental del incumplimiento contractual que se le atribuyó a la entidad demandada, como tampoco los perjuicios que dijo sufrir la contratista a raíz de las determinaciones de las autoridades municipales, lo cual impide acceder a las pretensiones de la demanda y por lo tanto, la sentencia de primera instancia merece ser confirmada.”*
(Subrayas por fuera del original).

No obstante lo anterior, una vez revisado el expediente, encuentra la Sala que el contrato al que hace alusión la parte actora fue aportado en copia simple y debido a que este documento carece de valor probatorio, no es posible determinar ni siquiera la existencia del contrato, menos aún las obligaciones surgidas de éste o los pactos que en relación con mejoras e “*inversiones*” hubieren realizado las partes, razón por la cual no es posible resolver favorablemente sobre esta pretensión.

2.2.3. El valor probatorio del documento aportado al proceso para demostrar la existencia del contrato de arrendamiento

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 21 de 2004. C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14651. Interlineado fuera de texto.

En cuanto al valor probatorio del documento aportado por la parte demandante al proceso con el objeto de demostrar la existencia del contrato de arrendamiento en el que sustentó su pretensión, cabe hacer las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo previsto por el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, los documentos pueden aportarse al proceso en originales o en copias, las cuales pueden consistir en su transcripción o reproducción mecánica y, según el artículo 254 del mismo Código, las copias tienen el mismo valor del original en los siguientes casos: 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y 3. Cuando sean compulsadas del original o de la copia autenticada.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario público, en ejercicio de su cargo o con su intervención, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C.de P.C.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 252 del C. de P. C., ya referido, el documento privado se reputa auténtico: i) cuando ha sido reconocido por el juez o notario o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando ha sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentra reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se ha declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se ha aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tacha de falso.

Ahora bien, la Ley 446 en su artículo 11 otorgó autenticidad a los documentos privados que fueren aportados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, sin la exigencia de la presentación personal o autenticación, salvo lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros. Igual sentido contiene el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, modificadorio del artículo 252 del C. de P. C., disposición que ya existía en el

Decreto-ley 2651 de 1991, artículo 25, cuestiones todas que deben entenderse relacionadas, claro está, con los documentos que se aporten en original.

Así lo ha precisado la Corte Constitucional según lo evidencia en pronunciamiento contenido en la sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, oportunidad en la cual esa Corporación puntualizó:

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

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

De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.*

*Si el artículo 25 hubiera querido referirse a las **copias** así lo habría expresado, porque en el derecho probatorio es elemental la diferencia entre documentos originales y copias. Pero, no lo hizo, como se comprueba con su lectura”*

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

La jurisprudencia de la Sala²⁷ ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado, la formalidad del escrito, según lo dispuesto en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios

²⁷ Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento también ha sido exigida por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad que en la actualidad rige la actividad contractual de las entidades públicas.

Ha sostenido igualmente esta Corporación que no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían que la existencia de los contratos podía demostrarse “*por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes*”, salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato.

A juicio de la Sala las normas contractuales no pueden interpretarse aisladamente sino, en armonía con las normas procesales -concretamente con los artículos 175 del C. de P. C., disposición en la cual se establecen los medios de prueba que pueden hacerse valer ante el juez y, 187 ibídem, a cuyo tenor “*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos*”-, bajo el principio de hermenéutica del efecto útil de la interpretación de la norma que obliga al juez a preferir aquella interpretación que confiere efectos a una norma frente a la opción en la cual dichos efectos se desconocen o disminuyen significativamente.

Al respecto, la Sala arribó a las conclusiones que se transcriben a continuación:

“Por lo tanto, una interpretación sistemática de las disposiciones contractuales antes transcritas y las de orden procesal contenidas en los artículos 175 y 187 del C. de P. C., conduce a concluir lo siguiente:

1) La regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, pues, éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del decreto ley 150 de 1976, 26 del decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la ley 80 de 1993.

Es más, en los casos en que se celebren contratos que recaigan sobre derechos reales con respecto a inmuebles, ese escrito o documento, además, debe tener la forma específica de escritura pública.

2) Inclusive, el instrumento de carácter documental, es también requerido por la ley, en aquellos eventos en los que, por la cuantía o por la situación de urgencia manifiesta, si bien no se exige el escrito para la celebración del contrato, el legislador impone la necesidad de resolución motivada para el reconocimiento de las obligaciones a cargo de la Nación, de acuerdo con las previsiones de los incisos segundos de los artículos 18 del decreto 150 de 1976 y 26 del decreto 222 de 1983 y, autorización escrita de la entidad contratante para las situaciones de urgencia manifiesta, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la ley 80 de 1993.

3) Ahora bien, a partir de la aplicación del principio de efecto útil en la interpretación normativa, la Sala entiende que el contenido de las disposiciones que consagran al escrito como requisito *ad substantiam actus* de formación y perfeccionamiento del contrato y, aquellas que consagran la posibilidad de probar el contrato por cualquiera de los medios de convicción permitidos por la ley, se adecuan en forma armónica a la previsión del artículo 187 del C. de P. C., bajo la siguiente interpretación:

a) Esa disposición probatoria autoriza la utilización de cualquiera de los medios de convicción relacionados en el artículo 175 *ibidem*, a saber: testimonios, indicios, etc., pero, con la siguiente advertencia expresa: **“sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”**.

b) Por su parte, las disposiciones contractuales de naturaleza sustancial contenidas en los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 –según el caso-, imponen, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*, que, imposibilita probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, dado el carácter especial que revisten aquellas normas.

c) Esa situación probatoria *ad solemnitatem* también se predica, en forma estricta y con mayor razón, cuando se trata de instrumentar esa relación mediante escritura pública, en los casos que así lo exige expresamente la ley.

d) En ese contexto, habrá de interpretarse que el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, que daban vía libre a la posibilidad de probar la existencia del contrato con cualquier medio de convicción de los previstos en el artículo 175 del C. de P. C., serían aplicables, como por ejemplo: frente a aquellos negocios jurídicos en los que la ley no exigió que el contrato constara por escrito o, cuando el contrato se destruye materialmente, entre otros eventos.

En efecto, a título de mención, se hace referencia a los contratos cuya cuantía fuera menor a: \$50.000,00, en vigencia del decreto ley 150 de 1976 (art. 18) y, \$300.000,00, en aplicación del decreto ley 222 de 1983 (art. 26). Actualmente, en la ley 80 de 1993, el legislador exceptuó la solemnidad escrita para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, pero, exige la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39).

Todo lo anterior hace parte del entendimiento integral de las normas relacionadas con la forma, perfeccionamiento y prueba del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de que la parte contractual solicite al juez, por vía de la acción de controversias contractuales, la declaratoria de existencia del contrato cuando el negocio no se ha perfeccionado o no se ha legalizado, de conformidad con el artículo 87 del C. C. A..

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala, en sentencia de 30 de noviembre de 2000²⁸, se pronunció sobre la posibilidad de demandar en acción de controversias contractuales, con pretensión de declaratoria de existencia del contrato, pues, el suministro de víveres se solicitaba a través de documentos como vales y formatos escritos, pero, sin perfeccionamiento ni legalización, dijo:

“Dado que, en algunos eventos –especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, **sin que exista**

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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. En efecto, la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente.²⁹ (negrillas adicionales).

En sentencia de 6 de abril de 2000³⁰, cuyo supuesto fáctico se apoyó en que se suscribió contrato de interventoría pero no se perfeccionó, consideró:

“En la sentencia de 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, en la que se controvertía el pago de unos perjuicios derivados de un contrato que se firmó y cuya ejecución se inició pero luego no se perfeccionó por circunstancias atribuibles a la entidad contratante (falta de la reserva presupuestal y suspensión de los trámites de legalización), la sala declaró la existencia del contrato tal como era la pretensión del demandante en ejercicio de la acción contractual, ya que consideró que “el incumplimiento de los deberes que tiene la administración para la culminación de todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de un contrato ya celebrado, frente a la diligencia del particular co-contratante en cumplirlos, da lugar a que la entidad pública negligente responda patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados teniendo como título jurídico de imputación lo que se conoce en la doctrina como responsabilidad precontractual de la administración pública”. Y al respecto resaltó lo dicho por la sala en la sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente 5825:

“Si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podría ser sino de reparación directa. Pero interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban con la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en las propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos y omisiones de la administración”.

“En el caso de un contrato de mantenimiento que el contratista continuó ejecutando pese a su vencimiento y ante la prórroga de hecho, la sala encontró que se daban los elementos de la figura del enriquecimiento sin causa y por consiguiente, acreditados los presupuestos para la procedencia de la actio in rem verso como fundamento jurídico de las pretensiones del demandante, ante la alteración patrimonial por los servicios prestados sin el pago correspondiente, ya que “los contratos que hubieran podido llegar a constituirse en dicha causa no surgieron a la vida jurídica” de lo cual se derivaba la imposibilidad del demandante para ejercitar otro tipo de acción. (sentencia de 6 de septiembre de 1991, expediente 6306).

*“En la sentencia de 29 de enero de 1998, expediente 11.099, pese a que el demandante solicitó a través de la acción contractual que se declarara la existencia de un contrato que tuvo como objeto la transmisión de unas pautas publicitarias y el cumplimiento cabal del mismo, así como el incumplimiento del ente público por el no pago del precio de los servicios y por consiguiente se condenara al pago de dicho precio, la sala desechó las tres primeras pretensiones de la demanda **“por cuanto el negocio jurídico no alcanzó existencia jurídica y por ende imposible resulta predicar cumplimiento o incumplimiento del demandante o acceder a la pretensión cuarta a título del valor del contrato tal cual fue solicitado”**. Sin embargo, accedió a la pretensión quinta del demandante, cual era el pago de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados, toda vez que en uso de las facultades interpretativas de la demanda, encontró probados los hechos que tipificaban el derecho a la indemnización de perjuicios por enriquecimiento injusto “ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al*

²⁹ [Nota al pie en el original]: “Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11.099, actor: Sociedad OTI de Colombia Ltda.. Sobre el mismo tema, sentencias del 4 de marzo de 1991, expediente 5825, actora: Sociedad Alberto Corredor y Cia. Ltda.; 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, actor Oscar Gómez España.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12775, actor: Jaime D. Bateman Duran, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

postulado de la buena fe”, ya que ésta había entrado en tratos preliminares con miras a la celebración del negocio jurídico y auspició que el servicio se prestara efectivamente, no obstante que el acuerdo de voluntades no cumplió con la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, lo cual configuraba la ausencia del contrato “o en otros términos inexistencia del negocio jurídico”.

“Se observa también que en la sentencia de 4 de marzo de 1991 (Exp. No. 5825) se dió paso a la acción contractual, por cuanto la entidad pública tampoco había cumplido con todos los requisitos para el perfeccionamiento de un contrato ya celebrado. En dicha sentencia adicionalmente se señaló que de acuerdo a la versión del art. 87 del c.c.a. “no es posible sostener que las controversias de naturaleza contractual no puedan tener origen sino en contratos ya perfeccionados”, pues no de otra manera podría pedirse la declaratoria de la existencia o no de un contrato administrativo”. Se señalan en ese fallo aspectos tan lógicos como que “si se suscribe el convenio administrativo por las partes y no llega a perfeccionarse el contrato por culpa de una de ellas, no podrá hablarse propiamente de la existencia de éste, pero no es posible desconocer que en dicha hipótesis se da algo más que un simple hecho, que constituye una relación jurídico-bilateral, un auténtico convenio creador de obligaciones”, toda vez que la responsabilidad de la administración no podría deslindarse de ese convenio que celebró.

“De los anteriores fallos puede deducirse que la acción que se invocó en cada uno de los casos expuestos dependía de las pretensiones de la demanda, ya fuera para que el juez administrativo declarara el enriquecimiento sin causa de la entidad pública a costa de los servicios prestados por el particular, encaminada por la acción prevista en el art. 86 del c.c.a, o bien declarara la existencia o validez del contrato por la del art. 87 ibídem, o como en el caso debatido en el expediente 11.099 donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en uso de las facultades interpretativas que el juez tiene de la misma.

“En este orden de ideas, el criterio que ha orientado la calificación de la acción es la existencia de un contrato, así se haya frustrado su perfeccionamiento para ejecutarlo válidamente. De tal manera que aquellas actividades que realizan los particulares para la administración pública y que debieron enmarcarse en una relación contractual pero que no se hicieron, pueden orientarse por la vía de la reparación directa siempre y cuando se den los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa: un enriquecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; una relación de causalidad y la ausencia de causa jurídica.

“En tanto que cuando el contrato existió así no se haya perfeccionado, ese acuerdo de voluntades como convenio jurídico celebrado, puede derivar responsabilidad de la administración por la vía de la acción de controversias contractuales, la cual como se sabe puede dirigirse a que se declare la existencia, nulidad o incumplimiento de un contrato, las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, su revisión y al pago de perjuicios y condenas de todo orden derivadas de la ejecución de un contrato estatal (art. 87 C.C.A)...”. (Negritas adicionales).”

2.2.4. Como ya se indicó, en cuanto a la cuarta pretensión de la demanda se refiere, la controversia está encaminada a obtener el pago de unas “inversiones y mejoras” realizadas por la Sociedad Carlos Arturo Paternostro S. y compañía S. en C., sobre el bien inmueble que le fuera arrendado por el Instituto de Crédito Territorial (hoy INURBE), en virtud del contrato de arrendamiento y de una autorización que, según afirmó, le fue dada por el entonces representante legal de la entidad.

La acción incoada por el demandante es la contractual, toda vez que la causa petendi, en cuanto a este aspecto se refiere y conforme se expuso en la demanda, lo constituyó el contrato de arrendamiento que habría suscrito con el

Instituto accionado sobre el predio al que se le realizaron las inversiones y mejoras que reclama.

Como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual encuentra como presupuesto indispensable la existencia de un contrato cuya acreditación, como resulta apenas natural, debe realizarse de manera regular y oportuna dentro del proceso, con la excepción que cabe predicar respecto de los eventos en los cuales se discuta o se pretenda la declaratoria de la existencia misma del vínculo contractual.

Ocurre que en el asunto que ha sido sometido a examen de la Sala, como ya se dijo, el documento allegado para efectos de demostrar la existencia del contrato de arrendamiento se encuentra aportado al expediente en copia simple, razón por la cual carece de valor probatorio, según los dictados de las normas procesales que fueron analizadas y, por tanto, no puede ser apreciado como si se tratara del original.

Y sucede, entonces, que la ausencia del contrato escrito debidamente autenticado resulta relevante para el caso que se estudia, dada la exigencia de esta formalidad como prueba de la existencia en todos los contratos celebrados por las entidades del Estado. Así debe entenderse el contenido del artículo 251 del Decreto 222 de 1983, Estatuto Contractual vigente para la fecha en que al parecer habría sido suscrito el contrato de arrendamiento.

En el presente caso, dado que la parte demandante no probó con documento idóneo, como era de su cargo hacerlo, la existencia del contrato en virtud del cual ejerció la acción de controversias contractuales y en el que respaldó las “*inversiones y mejoras*” que dijo haber realizado en el predio arrendado previa autorización de la entidad demandada, cuyo pago reclama, no es posible acceder a esta pretensión, por cuanto tal omisión imposibilita a la Sala para determinar si en realidad las partes celebraron el contrato, la fecha en la cual habría sido celebrado para efectos de establecer el régimen jurídico aplicable, así como las mejoras e inversiones que presuntamente habría realizado con ocasión del mencionado convenio.

Finalmente, resulta del caso mencionar que de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º numeral 175 del

decreto 2282 de 1989, aunque la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable, cuando se recurre una sentencia inhibitoria y el superior resuelva revocarla, éste debe proferir decisión de mérito aun cuando sea desfavorable al apelante³¹.

3. condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión de Barranquilla, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

1. DECLARASE inhibida la Sala para proferir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, relación con las pretensiones primera, segunda y tercera de la misma, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

2. NEGAR la pretensión cuarta de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

3. No condenar en costas.

³¹ “**ARTÍCULO 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 175 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MAURICIO FAJARDO GOMEZ