

CONTRATO ESTATAL – Perfeccionamiento – Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad en la contratación estatal tiene precisos límites y cargas rigurosas y rígidas que deben ser cumplidas tanto para que exista el contrato estatal como para que no nazca con vicios que afecten su validez y por tanto produzca los efectos que con el mismo pretenden alcanzar las partes contrayentes del mismo. Para su plena eficacia el contrato estatal debe cumplir con los requisitos esenciales, es decir, aquellos sin los cuales no existiría (arts. 1501 C.C. y 998 inc. 2 C. de Co.), referidos a la definición del negocio jurídico en su generalidad, los elementos de su definición particular y las formalidades constitutivas previstas.

CONTRATO ESTATAL – Variadas limitaciones – Formalidades constitutivas – Contrato litter – Solus consensus obligat.

Precisamente, dentro de las variadas limitaciones a que está sujeto el contrato estatal, se encuentran las formalidades constitutivas que deben observarse para que el acuerdo de voluntades surja a la vida jurídica. En efecto, en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, está la relativa a la forma del contrato estatal, según la cual, la regla general e imperativa es que los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito (*contrato litter*), en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el *solus consensus obligat*.

[..]

Así, la forma como se materializa el vínculo jurídico con la Administración es escrita, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección. En la norma original de la Ley 80 de 1993 (parágrafo art. 39 Ley 80/93 y art. 25 Decreto 679/94 las formalidades plenas estaban determinadas en función de la cuantía; precepto coherente y armónico con el artículo 41 de la misma Ley 80 de 1993, por cuya inteligencia: Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Esta norma en forma imperativa revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus (forma dat esse rei), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico estatal que no se eleve a escrito y por lo mismo, no autoriza su ejecución, lo que significa que proscribire la contratación estatal verbal.

CONTRATO ESTATAL – Carácter solemne – Elevar a escrito

En este sentido, el contrato celebrado por la administración con los particulares, sin importar el tipo negocial de que se trate, siempre es de carácter solemne, es decir, que para su existencia y, por ende, eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que para vincularse no tienen libertad de forma, pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejera ponente: **RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: **20001233100019980441301 (18726)**

Actor: **MARTÍN NICOLÁS BARROS CHOLES**

Demandados: **MUNICIPIO DE BARRANCAS (GUAJIRA)**

Asunto: **Asuntos contractuales (apelación sentencia)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor, Martín Nicolás Barros Choles, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 16 de mayo de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora. La sentencia apelada será confirmada en cuanto negó las

pretensiones de la demanda y revocada en relación con la condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 15 de julio de 1998, Martín Nicolás Barros Choles, abogado en ejercicio y actuando en nombre propio, presentó inicialmente demanda ejecutiva contractual contra el municipio de Barrancas (Guajira) en el Tribunal Administrativo de la Guajira, cuyo conocimiento, por impedimento de los magistrados que integraban dicha corporación, fue atribuido por la Sala Plena del Consejo de Estado al Tribunal Administrativo del Cesar, quien mediante auto de 14 de enero de 1999 ordenó corregir la demanda para que se precisaran las pretensiones de acuerdo con la acción ejercida.

Posteriormente, la parte actora presentó la respectiva corrección de la demanda, adecuándola a la acción de controversias contractuales y al proceso ordinario, de conformidad con los artículos 87 y 217 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Se declare la existencia y el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el municipio de Barrancas y Martín Nicolás Barros Choles, y se le reconozca la cuantía demandada.

2. Se declare la condena por daños y perjuicios, las indemnizaciones correspondientes y demás condenas, que se originen como consecuencia del incumplimiento contractual.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda por el actor son, en resumen, los siguientes:

2.1. Que el 2 de diciembre de 1995 se formalizó un acuerdo verbal iniciado en el mes de mayo del mismo año entre la empresa unipersonal Audirfi, representada legalmente por el demandante, con el municipio de Barrancas, el cual quedó contenido en el contrato n°. 114, cuyo objeto es el de gestionar y asesorar los recaudos de impuestos de industria y comercio, avisos y tableros, predial unificado, circulación y tránsito y otros de manera independiente, es decir, sin ninguna subordinación, ni obligación laboral de parte del municipio, asumiendo el contratista la responsabilidad de los hechos, procesos y los gastos de las gestiones diarias que se requirieran.

2.2. Que el municipio de Barrancas se obligó en contraprestación a pagarle al contratista el 10% por concepto de honorarios de los impuestos que se recaudaran y percibieran durante la vigencia fiscal pactada o contratada, con excepción de la obtención de los ingresos por la sobretasa aplicada a la venta

de gasolina, sobre los cuales se pactaron honorarios equivalentes a un 6% de los recaudos.

2.3. Que el contrato fue adicionado mediante otrosí para ampliar y extender las gestiones de servicios profesionales y técnicas contratadas, el cobro de la sobretasa a la venta de gasolina y la licencia de construcciones a realizar y ejecutar en la jurisdicción territorial municipal.

2.4. Que durante la vigencia fiscal de 1997 y en otras anteriores se adelantaron procesos de jurisdicción coactiva a las personas naturales y jurídicas que incurrieron en mora o evasión de los impuestos municipales, pero dada su cantidad no fue posible que se concluyeran en el término de gobierno del alcalde municipal de esa época.

2.5. Que al iniciar el siguiente período de gobierno se le puso de presente al nuevo alcalde municipal los beneficios pendientes de recibir por el municipio de Barrancas por concepto de tributos, impuestos y sobretasa como consecuencia de los procesos de jurisdicción coactiva en trámite, en los que se expidieron autos de mandamiento de pago y se adoptaron medidas de embargo y secuestro.

2.6. Que no obstante prorrogarse el contrato por disposición de la cláusula sexta, el contratista puso a consideración del alcalde un nuevo proyecto de contrato, sin descuidar o abandonar la responsabilidad en la continuidad del trámite de los procesos iniciados y gestionados durante la vigencia del anterior mandatario municipal, sin que aquél se hubiese manifestado en el sentido de aceptar o rechazar la oferta de trabajo presentada.

2.7. Que el 14 de abril de 1998, ante el silencio de la administración, la separación de procesos, la aceptación de pagos menores, el levantamiento injustificado de los embargos decretados y el rechazo de las sugerencias realizadas, el contratista presentó solicitud al alcalde del municipio de Barranca para que manifestara la intención de continuar con la relación contractual ya prorrogada o, en caso de que la respuesta fuera negativa, se procediera a la liquidación del contrato, sin que transcurrido más de tres meses se hubiese resuelto la petición, como tampoco las formuladas en forma verbal, causándole graves perjuicios por el incumplimiento de los pagos contractuales, esto es, al no percibir la contraprestación económica.

3. La oposición del demandado

Una vez notificada la demanda, en el escrito de contestación a la misma, el municipio de Barrancas se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos,

negó otros y manifestó no constarle algunos que deben ser probados por el actor.

Afirmó que no le constaba que el municipio haya suscrito el 2 de diciembre de 1995 contrato alguno para formalizar un acuerdo iniciado en el mes de mayo de ese año con el objeto señalado en la demanda, pues el que aportó el actor con la misma está radicado con el número 014 y no 114, aparece suscrito entre el municipio y la empresa Audirfi y en su objeto no se incluye el impuesto de avisos y tableros como obligación o tributo a cobrar, como tampoco la autorización para gestionar y asesorar los recaudos de impuestos ni para realizar gastos que se requieran, sino para ejecutar a los contribuyentes.

Sostuvo que si el contrato a que se refiere la demanda es el aportado en la misma, aunque se atiene a lo que resulte probado en el proceso, observa que los procesos de jurisdicción coactiva se llevaron a cabo en 1997 y por tanto están por fuera de la vigencia del contrato, pues éste se habría vencido el 2 de diciembre de 1996, porque su plazo era de un año, sin que pudiera entenderse prorrogado pues eso sólo es posible mediante un contrato adicional de ampliación del plazo.

Puntualizó que del documento anexo a la demanda que contiene el supuesto contrato de prestación de servicios profesionales n°. 014, se desprendería que se habría celebrado con Audirfi por el término de un año, comprendido entre el 2 de diciembre de 1995 y el 2 de diciembre de 1996, habiendo entonces terminado de manera normal por vencimiento del plazo, sin que se pueda constatar si se cumplió o no el objeto contractual por la empresa contratista, la cual se obligó según la cláusula primera a ejecutar a los contribuyentes del municipio de Barrancas mediante un procedimiento coactivo *“difícil de cumplir y un tanto ilegal por cuanto la competencia para adelantar procesos administrativos coactivos es del funcionario (alcalde municipal) y no del contratista”*.

Concluyó que el municipio de Barrancas no celebró contrato alguno con Martín Barros Choles, ni existe prueba alguna de éste ni de un incumplimiento de la administración municipal.

Formuló las excepciones de falta de personería por activa y caducidad de la acción.

4. Actuación procesal

4.1. Por auto de 27 de julio de 1999, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por la partes.

4.2. En auto de 24 de enero de 2000, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual éstas presentaron escritos reiterando lo expuesto en la demanda y en la contestación de la misma.

5. La sentencia impugnada

Manifestó el Tribunal *a quo* que de acuerdo con la carga probatoria que le incumbe al actor en el *sub lite*, debe éste probar, en primer término, el contrato de prestación de servicios profesionales de cuya celebración dependen sus pretensiones; y en segundo término, el incumplimiento de la parte contratante.

Advirtió que, analizado el material probatorio, observa, de una parte, que las copias sin autenticar allegadas al expediente carecen de valor probatorio para acreditar la existencia del contrato al tenor del artículo 254 del C. de P. Civil; y de otra parte, que el actor tampoco probó en forma fehaciente cuál fue el incumplimiento en que incurrió el municipio de Barrancas, pues se limitó a hacer una narración de hechos confusos, pero no precisa en forma técnica y acertada cuál fue la prestación que dejó de cumplir el ente demandado.

6. El recurso de apelación

El demandante interpuso el 23 de mayo de 2000, recurso de apelación contra la sentencia, el cual sustentó oportunamente en los siguientes términos:

Consideró que en la sentencia el Tribunal *a quo* incurre en “falso testimonio” y “falsedad ideológica”, por cuanto desconoce la existencia de la fotocopia del contrato aportada con la demanda y que en la audiencia de declaración de parte entregó fotocopia autenticada del contrato, así como las demás pruebas allegadas al proceso.

Advirtió que el artículo 266 del Decreto 266 de 2000 prohíbe a las autoridades la exigencia de autenticaciones notariales y judiciales y si se requería de la autenticación el magistrado ponente podía haber solicitado la práctica de la prueba, o haberlo conminado o requerido para que la formalizara, o haber practicado inspección judicial para dicho fin.

Agregó, en cuanto al incumplimiento del contrato, que no se podía desconocer la petición formulada al alcalde y aportada en el proceso que dio lugar a un silencio administrativo positivo a su favor.

Subrayó que la sentencia no hace alusión a las pruebas presentadas por las partes en la demanda y en la contestación de la demanda, ni a las decretadas por las mismas y de oficio, y tampoco decidió la excepción de caducidad formulada por el demandado, lo cual constituye un “prevaricato por omisión”.

Censuró que en la sentencia se hubiese opinado acerca del error en la presentación de la demanda con trámite ejecutivo y que más tarde fue corregida y subsanada.

Por último, aseveró que es inconcebible que después de laborar más de dos años en beneficio del municipio de Barrancas, como está probado, se dirimiera el incumplimiento acusado de la obligación contractual en un fallo en su contra con fundamentos incoherentes, violatorio de normas legales y condenándolo en costas.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. El recurso de apelación presentado fue admitido en auto de 11 de septiembre de 2000, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente.

7.2. Mediante providencia de 17 de octubre de 2000, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

7.2.1 La parte demandante guardó silencio.

7.2.2. La parte demandada presentó escrito en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, como lo anotó el juez *a quo*, no se demostró la existencia del contrato por cuanto aportó fotocopias simples carentes de eficacia probatoria a la luz del artículo 254 del C. de P. Civil y, en consecuencia, tampoco se demostró su incumplimiento.

7.2.3. El Ministerio Público conceptuó que las excepciones debían ser desestimadas, así como las pretensiones de la demanda, por lo cual solicita que se confirme la sentencia apelada.

En lo atinente a la caducidad adujo que el plazo de los dos años para el ejercicio oportuno de la acción debía comenzar a correr el 2 de enero de 1997, de manera que para el 15 de julio de 1998, fecha en que se interpuso la demanda, no había vencido, sin que interfiera el hecho de que el actor hubiera corregido la demanda posteriormente el 21 de enero de 1999; y en cuanto a la falta de legitimación por activa indicó que Audirfi, según el

certificado de matrícula mercantil de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Riohacha que reposa en el expediente, no era una empresa unipersonal sino un establecimiento de comercio de propiedad del señor Barros Choles, por lo cual si estaba legitimado para demandar.

Respecto de las pretensiones concluyó que se echa de menos en el expediente la prueba de la existencia del contrato así como la del incumplimiento de la entidad demandada, lo cual se deduce de las normas procesales contencioso administrativas (art. 139 y 168 C.C.A) así como de las del C. de P. Civil, en especial del artículo 254 de este último estatuto, según el cual, cuando se pretende valer la copia de un documento como prueba en un proceso, resulta indispensable que la misma haya sido autenticada. Finalmente, agregó que, aun en el evento en que se tuviera por acreditado el contrato con la copia simple allegada, no se demostró un incumplimiento contractual por el municipio de Barrancas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del Tribunal a quo en cuanto negó las pretensiones de la demanda y revocará la condena en costas, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 1) competencia; 2) objetivo de la acción y motivo de la apelación; 3) perfeccionamiento del contrato estatal; 4) análisis del caso concreto: valor de las copias aportadas del presunto contrato n°. 114 de 1995; 5) conclusión respecto de las pretensiones de la demanda; y 6) las costas del proceso.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de \$2.355.409.159 y la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda -15 de julio de 1998- era de \$18.850.000,00, lo cual comportaba que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado, circunstancia que no había variado para la fecha de presentación del recurso de apelación el 23 de mayo de 2000, época para la cual la mayor cuantía era de \$26.390.000.

2. Objetivo de la acción y motivo de la apelación

De acuerdo con la demanda se persigue la declaratoria de existencia y de incumplimiento de un presunto contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 2 de diciembre de 1995 entre el municipio de Barrancas y el señor Martín Nicolás Barros Choles, cuyo objeto según el actor era gestionar y asesorar los recaudos de impuestos de industria y comercio, aviso y tablero, predial unificado, circulación y tránsito y otros de manera independiente; en consecuencia, también se pide condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios originados de tal incumplimiento.

La entidad se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de caducidad y de falta de legitimación por activa.

El Tribunal *a quo* desestimó las pretensiones de la demanda, porque no se aportaron las pruebas necesarias que acreditaran los presupuestos de hecho en que se fundaban, como lo son el contrato y el incumplimiento del mismo.

En el recurso de apelación, el actor estima que se incurrió en yerro dado que el contrato está probado con la fotocopia aportada con la demanda y con copia auténtica que entregó en la audiencia de declaración de parte, y el incumplimiento con las demás pruebas allegadas al proceso.

En este contexto, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente se demostró la existencia del contrato demandado y su incumplimiento.

3. Perfeccionamiento del contrato estatal

CONTRATO ESTATAL – Perfeccionamiento

La autonomía de la voluntad en la contratación estatal tiene precisos límites y cargas rigurosas y rígidas que deben ser cumplidas tanto para que exista el contrato estatal como para que no nazca con vicios que afecten su validez y por tanto produzca los efectos que con el mismo pretenden alcanzar las partes contrayentes del mismo. Para su plena eficacia el contrato estatal debe cumplir con los requisitos esenciales, es decir, aquellos sin los cuales no existiría (arts. 1501 C.C. y 998 inc. 2 C. de Co.), referidos a la definición del negocio jurídico en su generalidad, los elementos de su definición particular y las formalidades constitutivas previstas.

Precisamente, dentro de las variadas limitaciones a que está sujeto el contrato estatal, se encuentran las formalidades constitutivas que deben observarse para que el acuerdo de voluntades surja a la vida jurídica. En

efecto, en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993¹, está la relativa a la forma del contrato estatal, según la cual, la regla general e imperativa es que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (*contrato litteris*), en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el “*solus consensus obligat*”.

Así, la forma como se materializa el vínculo jurídico con la Administración es escrita, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección. En la norma original de la Ley 80 de 1993 (parágrafo art. 39 Ley 80/93² y art. 25 Decreto 679/94³) las formalidades plenas estaban

¹ Norma que en el texto vigente para la época que dio lugar a este proceso, señaló: “De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad./ Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales./ Parágrafo. No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales. (...) /En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” Es de advertir que este parágrafo fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que entró a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley; no obstante, en el parágrafo 5 del numeral 4 del artículo 2 *eiusdem*, al regular las modalidades de contratación directa menciona las órdenes de compra así: “La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.”

² La Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, declaró exequible el derogado parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, considerando que: “[e]l señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva, sino como una manera de hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la

determinadas en función de la cuantía; precepto coherente y armónico con el artículo 41 de la misma Ley 80 de 1993, por cuya inteligencia: “*Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito” (subraya la Sala).⁴ Esta norma en forma imperativa revistió a la forma escrita de un valor*

prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales./ Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: una cosa es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo (sic) contractual./ Ahora bien, si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” (Subrayado extratextual).

³ El artículo 25 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que aunque fue derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008 –ratificada en el Decreto 2474 de 2008–, al definir, según los términos establecidos por el artículo 39 de la Ley 80, qué se entendía por formalidades plenas, señaló que tales requisitos estaban referidos a la “*elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista en el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80.*”

⁴ En la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, Senado, que dio lugar a la Ley 80 de 1993, al respecto se señaló: “*Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que*

ad solemnitatem o *ad substantiam actus* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria⁵, solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico estatal que no se eleve a escrito y por lo mismo, no autoriza su ejecución, lo que significa que proscribire la contratación estatal verbal.

En este sentido, el contrato celebrado por la administración con los particulares, sin importar el tipo negocial de que se trate, siempre es de carácter solemne, es decir, que para su existencia y, por ende, eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que para vincularse no tienen libertad de forma, “...*pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a*

ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia.” Cfr. Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, pág. 12.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, exp. AP-01588-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...”⁶

La solemnidad que implica que esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye pues un requisito *ad substantiam actus*, esto es, sin el cual el negocio no existe y por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; de manera que la falta del documento que contiene el acto o contrato no puede suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman.⁷ Incluso, en la Ley 80 de 1993 original, el legislador estableció para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, la exigencia de 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); y en todo caso, en situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley, que no permitan la suscripción de contrato escrito, si

⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de enero de 1998 exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁷ Repárese que el artículo 187 del C. de P. C., es del siguiente 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 o validez de ciertos actos./ “El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

bien se autoriza prescindir de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante (art. 41 inc. 3).

Ahora bien, como quiera que los contratos estatales son solemnes ha de estarse a lo dispuesto por los artículos 1501 del Código Civil y 998 inciso segundo del Código de Comercio -aplicables a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993⁸-, de conformidad con los cuales “[s]erá inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato”. Incluso, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan “hechos cumplidos”.⁹

⁸ El inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley”. Y por su parte, el inciso primero del artículo 40 *ibidem* señaló que: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.”

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, exp. AP-01588-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

La Sala en jurisprudencia que ahora se reitera¹⁰ ha mostrado que este carácter solemne del contrato estatal no ha sido extraño a los diversos estatutos que han regulado las relaciones negociales de los particulares con el Estado, en los que se han consagrado presupuestos que deben cumplirse tanto para la celebración del contrato, como para su perfeccionamiento y así mismo, han determinado la forma de probar los contratos, siendo una constante que hayan dispuesto la necesidad de instrumentar el negocio estatal, por regla general, mediante escrito, como requisito *ad substantiam actus*, salvo expresa disposición legal en contrario.

Por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que el contrato, el escrito y su prueba son inseparables.¹¹

4. Análisis del caso concreto: valor de las copias aportadas del presunto contrato n°. 114 de 1995

¹⁰ La regla general según la cual las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito *ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*, ha sido un precepto contenido 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. Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de noviembre de 2006, exp. 16.855, C.P. Fredy Ibarra Martínez.; y 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de marzo de 2011, exp.17.072, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sea lo primero manifestar que la Sala, al analizar el acervo probatorio, no encuentra prueba dentro del proceso del contrato n°. “114” de 2 de diciembre de 1995 en el cual fundamentó el actor su demanda y sobre el que además la administración negó tener conocimiento de que fuera resultado de un acuerdo verbal precedente, que se tratase del mismo número (“014”) y objeto que se señala en los hechos de la demanda, así como que se hubiese prorrogado. Los documentos con los que se pretendió acreditar el supuesto contrato y su otrosí, que obran a folios 31 a 34 (cd. ppal.), así como el entregado en la diligencia de declaración de parte visible a folios 1663 a 166 (cd. ppal.) se aportaron en copias simples, carentes según la legislación de valor probatorio.

En efecto, tratándose de copias de documentos públicos, como son los contratos celebrados por la administración, si bien éstos pueden conforme al artículo 253 del C. de P. Civil ser aducidos en original o copias, para que puedan ser apreciados como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 *ibídem*¹², a cuyo tenor:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

¹² Aplicable por remisión expresa que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisibilidad, práctica y valoración de las pruebas.

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

La exigencia de autenticación prevista en la norma procesal anterior, según señaló la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, al estudiar la exequibilidad del numeral 2 de la misma, es razonable y no vulnera el artículo 83 de la Constitución Política, que establece la presunción de buena fe, como tampoco el artículo 228 relacionado con el acceso a la justicia; en palabras de la citada Corporación¹³:

“En relación con el tema de las obligaciones y de su prueba en el proceso, no es aceptable afirmar que las normas correspondientes contrarían el artículo 83 de la Constitución, basándose en que la presunción general de la buena fe resultaría incompatible con la exigencia de las pruebas. Nada más contrario a la realidad: en todos los sistemas jurídicos, que sin excepción reconocen el principio de la buena fe, han existido las pruebas como una forma de conseguir la seguridad en la vida de los negocios y, en general, en todas las relaciones jurídicas. Librada sólo a la buena fe la demostración de las obligaciones, pretendería el acreedor, basado en su buena fe, que se aceptara la existencia de ellas, exclusivamente por su dicho; y de análoga manera, podría el deudor aspirar a que se admitiera su propia versión, también basándose en su buena fe, para demostrar que nunca existieron las obligaciones o que se extinguieron.

(...)

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

El numeral 2 del artículo 254 establece que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original ‘cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente’. La razón de ser de esta exigencia es elemental, ya se trate de transcripción del documento o de reproducción mecánica del original (fotocopia): resultaría imposible saber con certeza que la una o la otra corresponde al original, de no existir la autenticación. Esa nota de autenticación debe ser original en cada copia. (...)

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

Sostener que el exigir una copia autenticada en el caso del numeral 2 del artículo 254 es presumir la mala fe de quien pretende hacerla valer como prueba, sería tanto como afirmar que también desconoce la presunción de buena fe la exigencia de solemnidades **ad substantiam actus** en algunos contratos (como en la compraventa de inmuebles), porque con el argumento de la buena fe deberían eliminarse las escrituras públicas, el registro de la propiedad inmobiliaria, el registro del estado civil, etc. Nada más absurdo y más contrario a las relaciones jurídicas y, en especial, a la seguridad, a la certeza, que debe haber en ellas.

(...)

La razón de ser de esta norma es semejante a la expuesta en relación con el numeral 2 del artículo 254. La copia de un documento privado, sea transcripción o fotocopia, está expuesta a evidentes riesgos de falsificación. El exigir la autenticación no implica presumir la mala fe de nadie, como ya se expuso en relación con el numeral 2 del artículo 254. No se quebranta, en consecuencia, el artículo 83 de la Constitución.

Finalmente, es claro que ninguna de las dos normas acusadas quebranta el artículo 228 de la Constitución. Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la

Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí” (subrayado por fuera del texto).

Adicionalmente, es importante subrayar que, aun cuando el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 establecía que los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputarían auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los apoderados judiciales, y sin perjuicio de los documentos emanados de terceros, la Corte Constitucional en la citada sentencia advirtió que se trataba de documentos originales y no de copias; así lo enfatizó:

“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...”¹⁴

El artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, fue reproducido luego por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 haciendo claridad de que hacía relación a los documentos privados, previsión luego incorporada por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003 como inciso 4 del numeral 5 del artículo 252 del C. de P. Civil y posteriormente, modificada por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, en los siguientes términos:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva” (se subraya).

Es decir, a partir de la vigencia de dicha ley (12 de julio de 2010)¹⁵, en los procesos se presumen auténticos los documentos privados (no públicos) provenientes de las partes manuscritos, firmados o elaborados por ellas, con

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Según Diario Oficial No. 47.768 de esa fecha.

independencia de la forma en que se aduzcan (original, copia auténtica o simple).

Sin embargo, vale la pena señalar que el artículo 39 de la Ley 153 de 1887, prescribe que *“los actos ó contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”*. Esta disposición permite establecer la ley que rige la prueba de los actos y contratos ante cambios en la legislación, por medio de dos reglas a saber: en primero término, la parte sustantiva o material de la prueba se rige por la ley vigente a la época de la celebración del acto o contrato (por ejemplo, el medio de prueba); y en segundo término, la parte adjetiva, esto es, la concerniente a la ritualidad o forma en que debe rendirse está sometida a la ley que rige al momento de solicitarla, decretarla, practicarla o incorporarla al proceso dentro de las oportunidades procesales correspondientes.

Así las cosas, es pertinente puntualizar que el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 no resulta aplicable a este proceso, en primer lugar, por cuanto versa sobre documentos privados y no sobre documentos públicos, como son los contratos estatales (art. 251 C. de P. Civil¹⁶); y en segundo lugar, porque su entrada en vigencia (12 de julio de 2010) es posterior a la solicitud, decreto y práctica de las pruebas documentales en este proceso (27 de julio de 1999).

¹⁶ Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

Por otra parte, a la luz del régimen procesal vigente al *sub lite*, en forma reiterada, la Sección ha sostenido que las copias que se aporten al proceso deben cumplir con las exigencias del artículo 254 del C.de P. Civil y más aún cuando se pretenden aducir como prueba de obligaciones y en particular del contrato estatal, en el entendido de que se trata de una disposición de carácter imperativo. En auto de marzo 11 de 2004 (exp. 26.182), indicó:

“Los documentos que se allegaron al expediente, constitutivos del presunto título ejecutivo, no están en condiciones de ser valorados, pues son copias simples que no cumplen las previsiones del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

De lo anterior, se puede afirmar que no se presentan los requisitos para librar mandamiento de pago en contra del municipio de Puerto Wilches, toda vez, que los documentos fueron allegados indebidamente. Tampoco se debe trasladar al Tribunal la carga de obtener los documentos que constituyen el título ejecutivo, como lo pretende el demandante pues, como quedó ampliamente ilustrado, esta obligación está radicada en cabeza del ejecutante. Ello basta para confirmar la decisión de primera instancia, pues la existencia del título es condición *sine qua non* para librar mandamiento de pago.”¹⁷

Y, en otra oportunidad, señaló:

“...[L]a sociedad actora no demostró los hechos en que fundamenta las súplicas anulatorias, por cuanto no trajo al proceso la copia auténtica del contrato base que origina y fundamenta las pretensiones de la demanda, sin el cual no es posible revisar con certeza la motivación de los actos administrativos contractuales demandados, pues las consideraciones expuestas en los mismos se encuentran ligadas al negocio jurídico contractual con ocasión del cual se profirieron, en el entendido de que ellos no pueden considerarse separados de aquél.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de marzo 11 de 2004, exp. 26.182, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Por lo tanto, como arriba se explicó, la falta de acreditación en forma legal en el proceso del contrato fuente de la controversia contractual, determina que no puedan prosperar las pretensiones de la demanda dirigidas a la nulidad de los actos acusados, pues no es posible ante su ausencia enervar la presunción de legalidad y certeza de los actos administrativos demandados.

En efecto, no obstante que se probaron los actos contractuales acusados, en los cuales se señala la celebración de un contrato de número 177 de 1993 y un adicional de 1994, debido a la ausencia de prueba en el proceso de dichos negocios jurídicos, dado que fueron aportados en copias simples, no puede la Sala verificar su existencia y, principalmente, establecer y precisar los elementos, las cláusulas y las estipulaciones relacionadas con el objeto, el plazo, el valor, los derechos, las obligaciones, su perfeccionamiento, fechas de iniciación, ejecución, desarrollo y terminación, entre otros, es decir, no cuenta con los supuestos fácticos y jurídicos que emergen del contrato y de su desarrollo para comprobar la veracidad de los cargos efectuados por la sociedad demandante, relativos a la extemporaneidad en el ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad por parte de la Administración y al incumplimiento del mismo alegado.

Con otras palabras, para que el juez pueda realizar un control de legalidad de un acto de declaratoria de caducidad de un contrato y establecer con exactitud el cumplimiento del objeto y las obligaciones del mismo, según el caso, en las oportunidades procesales correspondientes debe probarse el contrato, mediante su aporte en original o en copia auténtica, es decir, en condiciones legales de valoración, pues no basta, como ocurrió en este caso, adjuntar únicamente la copia hábil del acto administrativo acusado, dado que con este sólo documento no es jurídicamente viable llegar a conclusiones de legalidad o responsabilidad, toda vez que ellas deben ser soportadas con el contrato fuente de la controversia y producto de un análisis y cotejo de su contenido o clausulado (en aspectos relacionados con su objeto, obligaciones, derechos, valor, plazo, alcance, perfeccionamiento, ejecución, entre otros) con los motivos invocados en aquél y sus otros elementos (fecha de expedición, competencia del funcionario, etc.).”¹⁸

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16211, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En igual sentido, sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852.

Esta tesis la reiteró la Corporación, en un caso similar en el que expresó:

“5. En este asunto, como ya se dijo, se pretende que se declare que entre demandante y demandado existió una relación contractual en virtud de la cual se le ordenó a aquella que atendiera a los usuarios que no se encontraban en la lista sistematizada de la entidad contratante, cuyo número ascendió a 8.743, relación que fue incumplida por el ISS y por ello debe pagar el valor de los servicios prestados y los perjuicios causados con el incumplimiento.

Pues bien, reposando en el expediente sólo copia simple de los documentos que supuestamente contienen los contratos que las partes dicen haber celebrado, esto es de copias que carecen de valor probatorio, resulta que está huérfana de prueba la existencia de tales negocios jurídicos y por consiguiente de los derechos y obligaciones que pudieron haber surgido en razón de ellos a favor y a cargo de cada una de las partes.

En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,¹⁹ salvo algunos casos de urgencia manifiesta,²⁰ la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil²¹ y 232 del Código de Procedimiento Civil.²²

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

¹⁹ Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

²⁰ Inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

²¹ *‘La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...’.*

²² *‘La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...’.*

Cuando se pretende exigir el cumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato o la indemnización de los perjuicios causados con su incumplimiento, o lo uno y lo otro, la primera carga probatoria que asume el demandante es precisamente la de demostrar la existencia de ese negocio jurídico porque demostrando esto también demostrará, por contera, las obligaciones que de él surgieron.

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

Con otras palabras, la aquí demandante no ha demostrado la existencia de los contratos que dice haber celebrado y por consiguiente tampoco ha probado las obligaciones a cargo del demandado.

Si las obligaciones no están demostradas resulta imposible constatar su incumplimiento y en consecuencia no podrá establecerse que cualquier daño sufrido por la actora sea la consecuencia del incumplimiento de obligaciones a cargo del demandado pues se ignora cuáles son.”²³

Y recientemente en otra providencia²⁴ insistió que:

“Resulta que al proceso no se acompañó la prueba de los contratos objeto de este litigio, de manera que no se demostraron aspectos esenciales para el mismo, como son las obligaciones que adquirieron los suscriptores, y sin las cuales es imposible determinar los compromisos pactados.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2011, exp. 17.864, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 18555; en sentido similar, sentencia de 23 de febrero de 2011, exp. 17.560, C.P. Enrique Gil Botero.

En efecto, no se pueden admitir como prueba de los contratos estatales los documentos que aportó la parte actora, porque se encuentran en copia simple. En este sentido, el contrato No. 1/DJ-8944/19 que obra en el expediente es una “fotocopia de una copia” –según lo expresa el sello del notario, que obra a fls. 11 a 79 del cdno. de pruebas-, lo mismo cabe decir de los contratos adicionales Nos. 1 a 5, que fueron presentados en copia simples -fls. 80 a 97 del cdno. de pruebas-, de manera que no se pueden valorar, en términos del artículo 254 CPC.

Así las cosas, la ausencia de prueba de los contratos comporta para la Sala la imposibilidad de conocer: el alcance del objeto finalmente acordado, las condiciones del negocio, el plazo y la forma de computarlo, el contenido de las obligaciones y los derechos de las partes, los ítems contratados y las cantidades pactadas, especialmente las obras extras y adicionales contempladas en los contratos adicionales, entre otros aspectos, necesarios para evaluar de fondo este proceso.

Por esta razón, los demás medios de prueba aportados al proceso resulta innecesario considerarlos ahora, quedando la Sala relevada de pronunciarse sobre los otros argumentos expresados en los recursos de apelación...”

Descendiendo el pensamiento jurídico anterior al *sub lite* es menester colegir que las copias simples del presunto contrato aportadas por el demandante carecen de valor probatorio, porque, como ya se advirtió, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba documental dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación.

Así mismo, aun cuando la anterior omisión constituiría por sí sola razón para considerar que las pretensiones no están llamadas a prosperar, la Sala

también repara que los demás documentos y pruebas que reposan en el expediente no tienen la virtualidad de probar la existencia y especialmente el contenido del negocio jurídico que se demanda, como tampoco prestaciones insatisfechas a propósito de alguna obligación contractual a cargo del ente municipal demandado. En efecto, en el expediente reposa lo siguiente: (i) oficio en copias simples (sin constancia de recibo, pues también está en copia simple) dirigido por el actor al alcalde del municipio de Barrancas relacionando procesos de cobro coactivos en curso y judiciales en los que es parte el municipio y sobre los que solicita la cancelación del 40% a su favor (fls. 1 a 5); (ii) oficio en copia simple, sin constancia de recibo, dirigido al Alcalde del municipio de Barrancas, que dice contener información y recomendaciones relacionadas con procesos de jurisdicción coactiva y una solicitud de la liquidación de honorarios y gastos efectuados (fls. 6 y 7); (iii) copia simple de un presunto documento titulado “comunicado a la opinión pública del señor Barros Choles” (fl.8); (iv) copias simple de un oficio supuestamente dirigido a la Defensoría del Pueblo Seccional Guajira, en el que se acusa recibo de una queja presentada por el señor Barros Choles contra el Alcalde del municipio (fl. 9); (v) copias simples de una queja presentada contra el Alcalde del municipio por el señor Barrios Choles ante la Procuraduría Regional de la Guajira por los hechos a los que se refiere la demanda (fls. 10 a 13); (vi) certificaciones del Tesorero Municipal de Barrancas de las que se desprende que el señor Martín Barros Choles, por una parte, recibió la suma de \$225.338.386 durante el período de 1995 a 1998 por ejecución de contribuyentes, y por otra parte, que \$120.606.467 que hacen del total de esa suma, fueron por él

recibidos por deducciones de recaudos directos, esto es, sin aplicación de cobros fiscales (fls. 78 y 181); (vii) copias auténticas de edictos mediante los cuales se notifica mandamiento de pago a varios contribuyentes del municipio de Barrancas (fls. 80 a 85); (viii) copias simples que dicen contener la Resolución 613 de 24 de agosto del Alcalde de Barrancas, mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia judicial (fl. 86); (ix) copias auténticas de las resoluciones mediante las cuales se liquidan impuestos a los contribuyentes morosos del municipio de Barrancas (fls. 89 a 94); (x) copias auténticas de mandamientos de pago (fls. 95 a 97); (xi) copias auténticas de certificaciones expedidas por la Recaudadora Municipal sobre las cantidades recaudadas por el municipio de Barrancas por concepto de impuestos en el año de 1997; (xii) certificado de Matrícula de Persona Natural expedido por la Cámara de Comercio de Riohacha (fl. 167) en la que consta el registro mercantil del señor Martín Nicolás Barros Choles y la propiedad de éste del establecimiento de comercio Audirfi (asesoría fiscal y tributaria, auditoría de los recaudos tributarios, asesoría sistematizada y contable y asesoría jurídica en materia administrativa). Igualmente, se practicó dentro del proceso diligencia de interrogatorio de parte del señor Martín Barros Choles, en la que, en esencia, reiteró los argumentos y manifestaciones realizadas dentro del proceso (fls. 157 y ss).

Como puede apreciarse, al analizar el acervo probatorio se observa que el demandante realizó algunas reclamaciones al municipio, que constan algunos pagos realizados al mismo por el municipio de Barrancas y que éste

ente territorial desarrolló actuaciones administrativas de cobro fiscal de impuestos adeudados por contribuyentes, pero no se prueba el contrato, ni el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del ente demandado.

El actor, entonces, no demostró los hechos en que fundamenta las súplicas de la demanda, por cuanto no trajo al proceso la copia auténtica del contrato base que origina y fundamenta sus pretensiones, sin el cual no es posible revisar con certeza las obligaciones de las partes y determinar el cumplimiento o incumplimiento de cada unas de las mismas.

Por lo tanto, la falta de acreditación en forma legal en el proceso del contrato fuente de la controversia contractual, determina que no puedan prosperar las pretensiones de la demanda dirigidas a declarar su incumplimiento, pues no es posible para la Sala verificar su existencia y principalmente, establecer y precisar los elementos, las cláusulas y las estipulaciones relacionadas con el objeto, el plazo, el valor, los derechos y las obligaciones de las partes, su perfeccionamiento, fechas de iniciación, ejecución, desarrollo y terminación, así como si éste se prorrogó o no mediante contrato adicional, entre otros aspectos necesarios para analizar el fondo del asunto; es decir, no cuenta con los supuestos fácticos y jurídicos para comprobar la veracidad de lo expuesto por el demandante.

Con otras palabras, para que el juez pueda declarar el incumplimiento de un contrato, debe este probarse en las oportunidades procesales correspondientes, mediante su aporte en original o en copia auténtica, esto es, en condiciones legales de valoración. Y en el caso concreto, la labor de probar el contrato n°. 114 de 1995 resultó fallida, en tanto se allegó en copias simples que dicen contenerlo pero que no ofrecen esa certeza al juzgador, sin que pueda relevarse al demandante de aportar en estado de valoración la prueba escrita del negocio jurídico sobre el cual descansan sus pretensiones, tal y como se explicó.

En suma, ante la ausencia de prueba del contrato, no es posible para la Sala analizar y determinar el incumplimiento reclamado por el demandante, y menos aún “...deducir responsabilidad patrimonial de tipo contractual cuando no se demuestra la existencia del contrato; requisito imprescindible para que el juzgador acceda a las reclamaciones del actor, como que constituye el fundamento y razón de ser de las mismas...”²⁵

De todos modos, la Sala advierte que, aún en el evento de haberse probado la existencia del contrato que dice haber suscrito el demandante con el municipio de Barrancas, tampoco hubiesen tenido vocación de prosperidad las pretensiones de incumplimiento que se formulan, en consideración a que

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 5355, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

estipulaciones de pago en contratos de asesoría tributaria o para la ejecución de cobro coactivo de deudas fiscales como las enunciadas y descritas en la demanda²⁶, esto es, en las que se establece como remuneración un porcentaje sobre el reconocimiento y recaudo efectuado por tributos, sujeto a las apropiaciones presupuestales y con cargo directo a éstos, mediante fórmulas inciertas del monto de la obligación de pago, vulneran el ordenamiento jurídico presupuestal y contractual y por contera, impregnan de ilicitud el objeto contractual y conllevan la nulidad absoluta del contrato, declarable incluso de oficio por el juzgador. A propósito del tema esta Sección claramente señaló²⁷:

“[P]ara la Sala la nulidad del Contrato No. 45 de 1995 se presenta por el ostensible desconocimiento de las restricciones de orden legal y presupuestal al pactarse un pago al contratista por su labor con cargo

²⁶ Esto es, según palabras del demandante, que el Municipio de Barrancas supuestamente se habría obligado en contraprestación a pagarle el 10% por concepto de honorarios de los impuestos de industria y comercio, aviso y tablero, predial unificado, circulación y tránsito y otros de manera independiente que se recaudaran y percibieran durante la vigencia fiscal pactada o contratada, con excepción de la obtención de los ingresos por la sobretasa aplicada a la venta de gasolina, sobre los cuales dice haber pactado honorarios equivalentes a un 6% de los recaudos.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de marzo de 2011, exp.17.072, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Igualmente, esta Corporación también ha dicho, en sentencia de 17 de mayo de 2007, exp. AP-00369-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, que cuando se contrata con particulares el cobro coactivo tributario de la cartera morosa de una entidad estatal, que las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa. Esta tesis no fue unánime pues contó con salvamento de voto por parte de un magistrado de la Sala. Posteriormente, para zanjar cualquier discusión futura a este respecto, se expidió la Ley 1386 de 21 de mayo de 2010, mediante la cual en el artículo 1 se prohibió expresamente que las entidades territoriales deleguen, a cualquier título, la administración de los diferentes tributos a particulares, de suerte que no podrán celebrar contrato o convenio con dicho objeto.

directo o afectación de los recursos que por concepto de participación en las regalías le corresponde al municipio de Saravena o que por concepto de los recaudos tributarios se encuentra contemplados a favor del mismo, mediante la asignación de un porcentaje fijo (30%) equivalente a los ingresos que perciba el ente territorial por tales conceptos, actuación que configura las causales de causa y objeto ilícitos y desviación de poder, como se pasará a explicar.

(...)

[A] las entidades territoriales no les es dable desconocer el orden presupuestal contenido en la Constitución Política y en la Ley Orgánica, razón por la cual deben atender, cumplir y respetar las disposiciones que establecen los principios del sistema del presupuesto, tales como los de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, entre otros (Ley 38/89, artículo 8o. Ley 179/94, artículo 4o. y Decreto 111/96 artículo 12) y demás normas presupuestales para efectos de la planeación, elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos anuales de ingresos y gastos. (...) Las anteriores normas proscriben operaciones como sería el pacto de contratos con afectación directa de los recursos que se recauden por concepto de impuestos (...) que conforme a la Constitución Política y la ley reciban los municipios, las cuales irían en contra de precisas normas imperativas y de orden público, como son aquellas relativas a la Ley Orgánica del Presupuesto.

(...)

De ahí que, estipulaciones como las contenidas en la cláusula novena del contrato 45 de 1995 y su Otro sí de 2 de noviembre del mismo año, en las que se establece como remuneración un porcentaje sobre el reconocimiento y recaudo efectuado de las regalías o tributos, directamente, constituye una actuación ilegal y nociva, porque el municipio se desprendió de unos recursos de origen tributario o fundamentados en las regalías a que tiene derecho, afectando las finanzas públicas del ente territorial y el interés general que dichos conceptos involucran. Dicho de otro modo, comporta una renuncia a un 30% de los ingresos que debe recibir de los contribuyentes por virtud de la Constitución y la Ley. Lo anterior contraría el ordenamiento jurídico superior al ceder ingresos corrientes y de destinación específica que debe percibir el municipio y las normas presupuestales, pues, la forma de remuneración es la misma fuente, o sea, los recaudos de dichos conceptos –regalías e impuestos- soslayando o eludiendo las reglas del presupuesto que obligan a que todo ingreso debe estar debidamente presupuestado para que pueda ser ejecutado.

Igualmente, la disposición de un porcentaje de la cartera tributaria por parte del municipio de Saravena implicaría el ingreso de un menor valor de los impuestos que le adeudan, lo que conllevaría a un detrimento patrimonial de la entidad territorial y una clara violación de los principios y reglas atrás mencionados, toda vez que es obligación de la administración cobrar y procurar el ingreso del 100% de los impuestos que se generen en el ámbito de su competencia, así como de las regalías que le corresponden; de esta cláusula que gobierna el aspecto remuneratorio contractual podría predicarse que resulta lesiva para el erario, o si se quiere, deviene en una ‘privatización indirecta de una parte que legalmente corresponde al patrimonio público.’ Así las cosas, el desconocimiento de los principios presupuestales mediante el pacto de mecanismos de remuneración como el descuento directo de los recaudos y la asignación de porcentajes fijos sobre los niveles de tributación o de reconocimiento en el pago de las regalías, o su afectación en varias anualidades mediante fórmulas inciertas del monto de la obligación de pago, vulnera el ordenamiento jurídico presupuestal y por contera, impregna de ilicitud el objeto contractual por la flagrante violación de esos principios y por supuesto los de la Ley 80 de 1993. (...) [A]ctuación que no encuentra tutela ni patrocinio en el ordenamiento jurídico y que genera que el contrato No 45 de 13 de octubre de 1995 y su Otro sí de 2 de noviembre de la misma anualidad estén afectados de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos y desviación o abuso de poder” (subraya la sala).

Así, como quiera que la validez del contrato es presupuesto indispensable para abordar el juicio de valor sobre su cumplimiento o incumplimiento, sin dicho presupuesto de eficacia resulta inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de una causal de invalidez, no podría sostenerse fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio jurídico, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes²⁸; dicho de otro modo, en el

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 1999, exp. 12085, C.P. Daniel Suárez Hernández.

caso de haber sido cierto el contrato n°. 114 de 1995 el mismo habría estado afectado de invalidez.

5. Conclusión respecto de las pretensiones de la demanda

En el caso concreto no se acreditó la existencia del contrato que sustenta la causa de la acción y en tal virtud, esa omisión imposibilita a la Sala determinar el incumplimiento de un contrato por parte del municipio de Barrancas. razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de responsabilidad contractual de la demanda.

La Sala reitera que es fundamental y presupuesto *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones de incumplimiento del contrato que se acredite el mismo dentro del proceso, dado que, como fuente generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la materia, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a la ley, o si el mismo se cumplió o no se cumplió, o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos contractuales que se expidan con motivo del mismo estén acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables.²⁹

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Recuérdese que el artículo 1757 del Código Civil señala que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...”, o sea, que quien alegue como fuente de obligaciones el contrato deberá probar la existencia del mismo con miras a hacerlo valer frente a su cocontratante.

En este orden de ideas, se concluye que el actor incumplió con la carga procesal de la prueba que le era exigible³⁰, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por cuya inteligencia “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”, noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y que constituye un requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

6. Las costas del proceso

³⁰ “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autoresponsabilidad 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...” Parra Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág. 242. Y, “...Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente les señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág.147.

Dado que el Tribunal Administrativo del Cesar en la sentencia apelada condenó en costas al actor, junto con el escrito de apelación éste presentó solicitud de amparo de pobreza para exonerarse del pago de este concepto (fls 198 a 199), en los términos de los artículos 166 y ss. del C. de P. Civil.

Con independencia de la procedencia de esta solicitud, la Sala observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo -aplicable en el presente caso por ser una norma procesal de aplicación inmediata y vigente al momento del fallo de primera instancia-, ella procede *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”*. De ahí que, esta Sección haya aclarado en materia de condena en costas que *“no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”*³¹

Bajo esta óptica legal, la Sala revocará la condena en costas, toda vez que la actuación del demandante no evidencia temeridad, conducta ésta que sí acarrea tal sanción por constituir un agravio para los intereses de la parte contraria, a más de entorpecer el normal funcionamiento del aparato de justicia, aspecto que no aparece acreditado en el expediente (parágrafo 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, exp. 10.775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

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

FALLA:

1.- MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 16 de mayo de 2000, la cual quedará así:

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas para las partes.

2.- DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH