

ORDEN DE SERVICIO – Naturaleza jurídica

Resulta importante retomar el criterio expuesto por la Corporación, acerca de la naturaleza jurídica de las órdenes de servicios como contratos estatales sin formalidades plenas, a la luz del párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993; la normativa vigente para la época de la presente controversia. [...] efectuado el estudio del acervo probatorio susceptible de valoración y después de examinar los diversos aspectos del presente litigio, la Sala precisa que la acción incoada por los demandantes es la contractual, toda vez que la celebración y ejecución de las alegadas órdenes de servicio expedidas durante los años 1998 y 1999, constituyen el fundamento o la causa de las pretensiones de la demanda. [...] el ejercicio de la acción contractual exige 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.

CONTRATO ESTATAL – Naturaleza

La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. [...] se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

CONTRATO ESTATAL – Prueba de su existencia

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-ley 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada también 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 – conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normativa que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas. También ha sostenido esta Corporación que en principio 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 del Decreto-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 resultaba claro que los contratos de Derecho Público podían probarse mediante cualquier medio válido.

ORDEN DE SERVICIOS – Constituye por sí misma un contrato estatal

En cuanto siendo que la orden de servicios constituye en sí misma un contrato estatal, la ausencia del escrito, en original o en copia auténtica, única prueba solemne admitida por la ley en relación con la existencia del respectivo vínculo obligacional resulta relevante para el caso que se estudia; así se desprende con claridad del contenido del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para las fechas en las cuales aparentemente se habrían suscrito las órdenes de servicios cuyo pago reclaman los demandantes en el caso concreto de la referencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 44001-23-31-000-2000-00704-01(24168)

Actor: JOSE ROJAS Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE RIOHACHA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se dispuso:

“1. Declarar que el señor Manuel Luis Gómez Borrego, prestó los servicios de aseo al municipio de Riohacha durante el mes de febrero y la primera (1ª) quincena del mes de abril de 1.999, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

*2. Como consecuencia de la declaración anterior, **condenar** al municipio de Riohacha (La Guajira), a pagarle al señor Manuel Luis Gómez Borrego, la suma de Tres Millones Ochocientos Cincuenta Mil Doscientos Cuarenta y Ocho Pesos (\$3'850.248.00).*

3. Denegar las demás súplicas de la demanda, de acuerdo con las motivaciones de esta sentencia.

4. Sin costas en la instancia.

5. Dar cumplimiento a esta providencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 26 de octubre de 2000 (folios 1 a 4 cuaderno 1) se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“**PRIMERO:** Que se declare la existencia y validez del contrato suscrito entre el Municipio de Riohacha y mis prohijados, cuyo objeto fue el servicio de Recolección de Basuras en la ciudad de Riohacha, por cuenta y con los medios de mis mandantes, por valor de \$ [498'887.331.00]. Actividad realizada por la celebración del convenio que no se plasmó en documento escrito.*

SEGUNDO: Que se declare el incumplimiento del Municipio de Riohacha por el no pago de sus obligaciones contractuales y por la omisión del incumplimiento de sus deberes y funciones públicas.

TERCERO: Condenar y ordenar al Municipio de Riohacha al pago de los valores adeudados conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, más los intereses moratorios a la tasa del 12% anual sobre el capital actualizado con los índices de precios al consumidor del DANE, desde que la obligación se hizo exigible hasta su cancelación.

CUARTO: El Municipio de Riohacha, dará cumplimiento a la Sentencia que le ponga fin al presente proceso en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- Los señores AMILKAR MENDOZA RAMÍREZ, REYES AGUILAR GALUE, ANDRÉS BARROS, DAVID IGUARÁN, LUIS R. TORRES, JAIME PEÑARANDA PÉREZ, JOSÉ MANUEL MENDOZA, JESÚS RODRÍGUEZ GUERRA, JOSÉ MIGUEL FONSECA ENRÍQUEZ, AMARILIS SOCARRÁS SIERRA, JOSÉ A. ROJAS y MANUEL LUIS GÓMEZ BORREGO, suscribieron con el Municipio de Riohacha órdenes de servicios quincenales para la prestación del servicio de aseo durante diversos períodos comprendidos entre el mes de febrero de 1998 y el mes de octubre de 1999.
- Hasta la fecha de la demanda no les habían sido pagadas por el Municipio de Riohacha las órdenes de servicio a los demandantes.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados el artículo 2º de la Constitución Política y los artículos 50 y 77 de la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones:

“El Municipio de Riohacha contrató los servicios de los señores JOSÉ A. ROJAS, JOSÉ MANUEL MENDOZA, AMARILIS SOCARRÁS, DAVID IGUARÁN, AMILKAR MENDOZA, REYES AGUILAR, MANUEL LUIS GÓMEZ BORREGO, LUIS TORRES, JESÚS RODRÍGUEZ, JOSÉ MIGUEL FONSECA y JAIME PEÑARANDA PÉREZ, y estos prestaron el servicio de Recolección de las Basuras y otros desechos a través de sus vehículos (Volquetas) en la ciudad de Riohacha, el servicio fue realizado a cabalidad sin la existencia o legalización de contrato escrito; supeditado a la buena fe de la administración municipal.”

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de la Guajira dispuso la admisión de la demanda por auto del 31 de octubre de 2000 (folios 298 a 299 cuaderno principal).

4.2. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 5 de febrero de 2001 (folios 302 a 303 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

La entidad territorial demandada no contestó la demanda.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 31 de julio de 2001 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 384 del primer cuaderno).

6.1. La parte demandante (folios 385 a 386 cuaderno 1). Se ratificó en las pretensiones de la demanda, señalando que a sus poderdantes se les adeudaba adeudaba el valor del servicio de aseo prestado de buena fe, sin contrato.

6.2. El Ministerio Público (folios 398 a 392 cuaderno 1). Consideró que deben desestimarse las pretensiones de la demanda, comoquiera que no se probó la existencia de un contrato estatal, aunque existan pruebas de la prestación de un servicio de aseo por parte de los demandantes.

La entidad demandada guardó silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de la Guajira accedió a algunas de las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 445 a 450 cuaderno principal):

“De acuerdo con el documento visto a folios 308, 309 y 444 del expediente, emanado de la jefatura de contabilidad y presupuesto del municipio de Riohacha, esa entidad territorial le debe por concepto de servicio de aseo (recolección de basuras domiciliarias) a los señores y en la cuantías que se indican, así:

(...)

Se certifica en el referido documento, que esas acreencias u obligaciones se encuentran involucradas en el acuerdo de reestructuración de pasivos que suscribió el municipio de Riohacha con sus acreedores, según los términos y condiciones a que se contrae la Ley 550 de 1.999 y, serán canceladas en el orden establecido en aquel acto. Por tanto, por sustracción de materia, habiéndose operado el reconocimiento expreso de los créditos en relación con las personas que vienen relacionadas e integrantes de la parte actora dentro de esta acción contractual y convencionadas las condiciones y términos para su pago, no debieron promover la acción contenciosa que ocupa la atención de la Sala.

Por lo anterior, esta decisión se circunscribirá sólo a definir si los restantes demandantes, es decir, los señores Jaime Peñaranda Pérez y Manuel Luis Gómez Borrego, le asiste el derecho que pretenden (...).”

8. El recurso de apelación.

La parte demandante impugnó la decisión del Tribunal *a quo* con el siguiente planteamiento (folios 452 a 455 cuaderno principal):

“4. El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, decretó pruebas de oficio las cuales fueron recaudadas de manera oportuna y allegadas al proceso, pero no contentivas de la realidad de la litis, lo que envió no tiene nada que ver con lo que se persigue, sería inaudito e inaceptable y hasta temerario que el suscrito demandara a una entidad a sabiendas que él mismo, había conciliado con la misma esas cuentas y conociendo qué procedimiento se sigue cuando sucede tal circunstancia, conozco sobre manera los efectos de la Ley 550, cuál es su mecanismo y no puedo pretender que se ventile en un proceso ordinario lo que se concilió y figura en las dependencias de la Alcaldía como tal, conciliación que hace parte del grupo 4, según lo establecido por el Ministerio de Hacienda en la mencionada Ley, las cuentas que reposan en el expediente nada tienen que ver, con las conciliadas y homologadas por el Tribunal son diferentes de estas, son obligaciones independientes son los mismos acreedores pero no la misma obligación, pero sí es el mismo servicio prestado.”

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante auto del 31 de enero de 2003 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (folio 460 cuaderno principal).

9.2. La Corporación, por medio de auto proferido el 21 de febrero de 2003, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (folio 462 del cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **i)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **ii)** las pruebas recaudadas; **iii)** concepto y contenido de la carga de la prueba; **iv)** el criterio de la Sala respecto del contrato escrito como prueba “*ad substantiam actus*”; y **v)** el análisis del caso concreto.

1. La competencia del Consejo de Estado.

La competencia de esta Corporación para conocer del recurso de apelación se reafirmó en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el

¹ Artículo 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.”

año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que el conocimiento de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales correspondiente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto el Municipio de Riohacha, para la época del celebración del contrato, tenía el carácter de entidad territorial estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”²*
(Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio

² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”³

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

3 Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...).”

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.”

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

1.2. La Ley 550 de 1999 para el municipio de Riohacha.

El proceso de reestructuración de acreencias consagrado por la ley 550 de 1999 es un mecanismo de intervención del Estado, previsto con el objeto de colaborar en la reactivación de la economía y fomentar el empleo. Para alcanzar este fin se previó que el Estado utilizara distintos instrumentos, entre otros los que se mencionan en el artículo 3º de la ley 550 de 1999, que consagra:

“1. La negociación y celebración de acuerdos de reestructuración previstos en esta ley.

2. La capitalización de los pasivos.

3. La normalización de los pasivos pensionales, mediante mecanismos contemplados en esta ley.

4. *La concertación al interior de cada empresa de condiciones laborales temporales especiales.*

5. *La suscripción de capital y su pago.*

6. *La transparencia y el profesionalismo en la administración de las empresas.*

7. *La utilización y la readquisición de bienes operacionales entregados por el empresario a sus acreedores.*

8. *La negociación de deudas contraídas con cualquier clase de personas privadas, mixtas o públicas, entre ellas las deudas parafiscales y las deudas fiscales.*

9. *La inversión en las empresas y la negociación de las obligaciones derivadas de éstas.*

10. *La gestión y la obtención de recursos destinados al otorgamiento de crédito a las empresas.”*

Dentro de los instrumentos previstos por la Ley 550 de 1999 se encuentra la celebración de acuerdos de reestructuración, los cuales, a su vez, son definidos por el artículo 5º de este cuerpo normativo, estableciendo que

“Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

El acuerdo de reestructuración deberá constar por escrito, tendrá el plazo que se estipule para su ejecución, sin perjuicio de los plazos especiales que se señalen para la atención de determinadas acreencias, y del que llegue a pactarse en los convenios temporales de concertación laboral previstos en esta ley.”

Estos acuerdos de reestructuración tendrán una entidad que se encargue de su promoción, lo que implica labores de coordinación, dirección y manejo operativo del mismo. En el caso de entidades territoriales, como el que ahora ocupa a la Sala, por disposición expresa del último inciso del artículo 6º, la promoción estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que ratificó el artículo 69 de la Ley 617 de 2000 al prever que “[t]ratándose de entidades descentralizadas que no estén sujetas a inspección, control o vigilancia de ninguna superintendencia, la competencia a que se refiere el presente artículo corresponderá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

Al respecto, esta Corporación precisó lo siguiente:

“Según los antecedentes legislativos, la ley fijó un marco jurídico destinado a propiciar los acuerdos de reactivación empresarial inspirado en una concepción contractual, no procesal, de los mecanismos de intervención entre los que se destacan los

denominados **acuerdos de reestructuración**⁴ para desjudicializar la solución de los conflictos que se han producido a raíz de las crisis y autorizó su aplicación a las entidades territoriales, como en efecto ocurrió con la mayoría⁵.

La aplicación de los acuerdos de reestructuración empresarial a las entidades territoriales se fundamenta además del propósito de lograr el desarrollo armónico de las regiones, en la competencia del legislador para intervenir en el ámbito de la autonomía de dichos entes de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 de la Constitución Política, sin afectar su núcleo esencial, conformado por la posibilidad de gestionar sus propios intereses y constituir sus formas de gobierno y de administración local – funciones de autogobierno y autogestión –. Esta intervención, claro está, debe encontrar justificación en razones vinculadas con el interés general tales como la estabilidad macroeconómica y financiera de la Nación, que en el caso de la Ley 550 de 1999 se patentiza en la necesidad de propender por la viabilidad financiera de los entes territoriales cuyos efectos de orden macroeconómico son indiscutibles.”⁶

El Municipio de Riohacha se acogió a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos en los términos previstos en la Ley 550 de 1999 desde el 4 de octubre de 2000, hasta el 17 de septiembre de 2010⁷. Si bien es cierto que mientras se desarrolla un acuerdo de reestructuración no pueden iniciarse procesos ejecutivos en contra de la empresa o entidad territorial por deudas existentes al momento de darse inicio al mencionado acuerdo, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 13 del artículo 58 de dicha disposición⁸, no es menos cierto que ello no restringe la posibilidad de que se acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para discutir la existencia de una obligación contractual que no fue reconocida por la entidad territorial, toda vez que no se

⁴ Al referirse a este mecanismo, la jurisprudencia constitucional lo ha catalogado como “*un convenio entre los acreedores de la empresa*”... “*una convención colectiva vinculante para el empresario y todos los acreedores*”, cuando es adoptado dentro de los parámetros de la nueva Ley⁴ y como “*un mecanismo extrajudicial y de naturaleza contractual, que permita a la empresa salir de su situación y continuar con su importante misión productiva, considerada como de interés general*”. Cfr. Sentencia C-1185 de 2000.

⁵ Cfr. la exposición de motivos de la Ley 550 de 1999 donde el Gobierno justificó la aplicación de los acuerdos de reestructuración a los entes territoriales, publicada en Gaceta del Congreso N° 390 del 26 de octubre de 1999. Páginas 17 y 18.

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 47001-23-31-000-2003-1083-01(AC), M.P. Ligia López Díaz.

⁷ www.minhacienda.gov.co, consulta del 27 de noviembre de 2012.

⁸ ARTICULO 58. ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:

(...)

13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.

trata de una obligación clara, expresa y exigible que pueda ser reclamada por la vía del proceso ejecutivo⁹.

En este orden de ideas, aunque la demanda que dio origen al presente proceso se presentó después de que el Municipio de Riohacha hubiere sido aceptado para promover un acuerdo de reestructuración de pasivos, lo cierto es que las pretensiones de los demandantes no se dirigen a la ejecución de unas acreencias, sino a discutir la existencia de contratos estatales celebrados para la recolección de basuras con la entidad territorial y demostrar que de esos contratos surgieron obligaciones dinerarias que no fueron reconocidas, ni canceladas. Desde esta perspectiva es la Sala competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹⁰ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía¹¹ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹², los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados 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; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-202 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “De lo anteriormente enunciado, y en relación directa con el objeto de controversia en el presente caso, puede concluirse que

1. *Los acuerdos de reestructuración de acreencias son mecanismos de intervención del Estado en la economía, de naturaleza negocial, en donde concurren los acreedores de una empresa o entidad territorial con el fin de encontrar un mecanismo para la satisfacción de sus obligaciones.*
2. *Dentro de este procedimiento de carácter negocial se prevé un mecanismo ordinario de solución de controversias de carácter jurisdiccional, que se encuentra a cargo de la Superintendencia de Sociedades, que para estos efectos realiza labores judiciales en desarrollo de un proceso verbal sumario de única instancia.*
3. *Mientras se desarrolla un acuerdo de reestructuración no pueden iniciarse procesos ejecutivos en contra de la empresa o entidad territorial por deudas existentes al momento de darse inicio al mencionado acuerdo.”*

¹⁰ Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

¹¹ 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.

¹² Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), 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.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos¹³: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre 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 hubiere 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 hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

¹³ El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para el día 30 de marzo de 2000, fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso. No obstante se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor: *“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.”*

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica de forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887 que prescriben, en su orden:

“Artículo 39. Los actos o 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.”

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 dispone: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de la formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

*“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.”*

Previo a examinar de fondo los recursos de apelación propuestos, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1. Las cuentas de cobro correspondientes a las órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor MANUEL LUIS GOMEZ BORREGO, presentadas en los meses de julio y octubre de 1999, por valor de \$10'843.232.00 (folios 43 a 53 cuaderno 1).

2.1.2. Orden de Servicio No. 111 de 2000, por medio de la cual la Alcaldesa Municipal de Riohacha contrató el arrendamiento del vehículo del señor REYES AGUILAR durante diez (10) días, a partir del 15 de mayo de 2000, por valor de \$800.000 (folio 310 cuaderno 1).

2.1.3. Auto del 25 de noviembre de 1999, por medio del cual el Tribunal Administrativo de la Guajira aprobó la conciliación prejudicial del 4 de noviembre de 1999, celebrada ante la Procuraduría General de la Nación, en los siguientes términos (folios 311 a 314 cuaderno 1):

:

“Aprobar el Acta de Conciliación Prejudicial de fecha noviembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y nueve (1999), celebrada ante el

Señor Procurador 41 Delegado en lo Judicial Administrativo, Doctor NÉSTOR FABIÁN CASTILLO, suscrita entre el representante legal (E) del Municipio de Riohacha y los solicitantes así: David Iguarán la suma de \$15'300.000; José Rojas, la suma de \$14'550.000; Maibeth Vásquez, la suma de \$10'800.000; Miguel Pugliesse la suma de \$31'200.000; Jesús Rodríguez, la suma de \$69'900.000; Amilkar Mendoza, la suma de \$55'000.000; Jorge Mendoza \$16'500.000; Luis Torres la suma de \$8'620.834; Juan Carlos Palmezano la suma de \$17'450.000; la señora Gina Poveda la suma de \$24'000.000 y el señor Andrés Barros la suma de \$54.150.000, sobre lo cual existió consentimiento expreso.”

2.1.4. Acta de conciliación prejudicial del 4 de noviembre de 1999 celebrada ante el Procurador 41 Judicial administrativo (folios 316 y 317 cuaderno 1).

2.1.5. Resolución No. 468 del 29 de septiembre de 2000, por medio de la cual el Alcalde encargado de Riohacha ordenó el pago de \$17'550.000, al señor REYES AGUILAR GALUE, por concepto de la prestación del servicio de aseo entre los meses de enero y abril de 1998, (folios 336 a 343 cuaderno 1):

“Que el señor REYES AGUILAR GALUE, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.809.334, expedida en Riohacha, se le adeudan las siguientes sumas por concepto de prestación de servicio de aseo y limpieza de la ciudad de Riohacha: \$4'350.000, por el período comprendido entre el 1 y 29 de enero de 1998; \$4'200.000, por el período comprendido entre el 1 y 28 de febrero de 1998; \$4'500.000, por el período comprendido entre el 1 y 30 de marzo de 1998; \$4'500.000, por el período comprendido entre el 1 y 30 de abril de 1998. Los anteriores conceptos suman un total de \$17.550.000.oo.”

2.1.6. Certificación de la Jefe del Grupo de Contabilidad y Presupuesto del Municipio de Riohacha, en el cual se relacionan las acreencias reconocidas a los demandantes dentro del marco de la reestructuración de la Ley 550 de 1999, iniciado el 4 de octubre de 2000, así (folio 444 cuaderno 1):

NOMBRE	CÉDULA	CONCEPTO	VALOR ACREENCIA
JOSÉ A. ROJAS	1.754.855	Servicio por aseo	\$13'968.000
JOSÉ MANUEL MENDOZA	1.752.780	Servicio por aseo	\$51'264.000
JESÚS RODRÍGUEZ GUERRA	17.809.487	Servicio por aseo	\$66'240.000
DAVID IGUARÁN	70.122.122	Servicio por aseo	\$14'688.000
AMARILIS SOCARRÁS	40.916.970	Servicio por aseo	\$49'104.000
JOSÉ MIGUEL FONSECA	17.840.002	Servicio por aseo	\$43'267.440

REYES AGUILAR GALUE	17.809.334	Servicio por aseo	\$16'904.545
AMILKAR MENDOZA RAMÍREZ	17.809.953	Servicio por aseo	\$70'128.000
LUIS TORRES	84.031.079	Servicio por aseo	\$7'931.168

2.2. Documentos aportados en copia simple.

Al proceso se allegaron con la demanda diversos documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente expuesto, carecen de valor probatorio¹⁴.

¹⁴ **2.2.1.** Las que podrían ser las órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor AMILKAR MENDOZA RAMÍREZ, entre los meses de enero y mayo de 1999, por valor de \$47'804.376.oo (folios 8 a 37 cuaderno 1).

2.2.2. Los documentos que presuntamente contienen la orden de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor REYES AGUILAR GALUE, en el mes de agosto de 1998, por valor de \$5'418.334.oo (folios 38 a 42 cuaderno 1).

2.2.3. Las que eventualmente constituyen las órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor ANDRÉS BARROS, presentadas en los meses de julio y octubre de 1999, por valor de \$10'843.232.oo (folios 54 a 63 cuaderno 1).

2.2.4. Los documentos que podrían resultar contentivos de las órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor DAVID IGUARÁN, entre los meses de junio y septiembre de 1999, por valor de \$27'927.010.oo (folios 64 a 85 cuaderno 1).

2.2.5. Las que podrían ser las órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor LUIS R. TORRES, entre los meses de enero y marzo de 1999, por valor de \$22'730.003.oo (folios 86 a 105 cuaderno 1).

2.2.6. La que eventualmente constituye la orden de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor JAIME PEÑARANDA PÉREZ, en el mes de febrero de 1998, por valor de \$2'890.207.oo (folios 106 a 108 cuaderno 1).

2.2.7. Los que se pretende presentar como órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor JOSÉ MANUEL MENDOZA, entre los meses de septiembre de 1998 y junio de 1999, por valor de \$120'378.691.oo (folios 109 a 160 cuaderno 1).

2.2.8. Las que podrían ser eventuales órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor JESÚS RODRÍGUEZ GUERRA, entre los meses de septiembre a diciembre de 1998, por valor de \$64'212.483.oo (folios 161 a 186 cuaderno 1).

2.2.9. Algunos documentos con los cuales se buscar demostrar la existencia de órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor JOSÉ MIGUEL FONSECA ENRÍQUEZ, entre los meses de febrero y abril de 1998, por valor de \$39'068.141.oo (folios 187 a 198 cuaderno 1).

2.2.10. Las que podrían ser órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por la señora AMARILIS SOCARRAS SIERRA, presentadas entre los meses de junio y julio de 1999, por valor de \$98'503.783.oo (folios 199 a 269 cuaderno 1).

2.2.11. Documentos contentivos de órdenes de servicio de recolección de basuras presuntamente prestado por el señor JOSÉ A. ROJAS, entre los meses de noviembre de 1998 y enero de 1999, por valor de \$45'141.776.oo (folios 270 a 295 cuaderno 1).

2.3. Testimonios.

De acuerdo con lo ordenado en el auto de pruebas, el Tribunal *a quo* recibió los siguientes testimonios:

2.3.1. Declaración de la señora DILMA MERCEDES TORO MINDIOLA (folios 373 a 375 cuaderno 1). En su calidad de empleada del Municipio de Riohacha señaló que intervino en la contratación de los señores JOSÉ MANUEL MENDOZA y AMARILIS SOCARRÁS para la recolección de basuras durante el mes de enero de 1998, pero que desconoce la contratación de los demás demandantes.

2.3.2. Declaración de la señora IVETTE CONSUELO RUIZ VEGA (folios 424 a 426 cuaderno 1). Manifestó que trabajó como pagadora en la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Domiciliarios del Municipio de Riohacha desde junio de 1998 hasta febrero de 1999, período en el cual los demandantes fueron contratados para la recolección de basuras en el municipio, pero por falta de presupuesto no fue posible efectuarles pago alguno.

2.3.3. Declaración del señor JULIO ANTONIO BRITO RUEDA (folios 427 a 429 cuaderno 1). Como Gerente de la Unidad de Servicios Públicos del Municipio de Riohacha desde febrero hasta junio de 1999, explicó que recuerda la celebración de órdenes de servicios con algunos de los demandantes, pero que no fue posible cancelarles porque la Unidad no era un ente descentralizado, sino que dependía de la Alcaldía Municipal.

2.3.4. Declaración del señor NORBERTO TORO IGUARÁN (folios 430 a 432 cuaderno 1). Quien trabajó en la entidad territorial demandada desde mayo de 1998 hasta febrero 11 de 1999. Indicó que durante ese tiempo se celebraron órdenes de servicio con los demandantes para la recolección de las basuras, pero no fue posible pagarles por falta de presupuesto.

2.3.5. Declaración del señor JUAN SEGUNDO ZÚÑIGA ZÁRATE (folios 433 y 454 cuaderno 1). Desempeñó el cargo de Jefe de Presupuesto Municipal de la Alcaldía de Riohacha y señaló que durante los años 1998 y 1999 se celebraron órdenes de servicio con los demandantes para la recolección de basuras. No tuvo conocimiento de si fueron pagadas por la Tesorería.

2.3.6. Declaración de la señora BEATRIZ ANGELINA GONZÁLEZ PALACIO (folios 435 a 430 cuaderno 1). Como empleada de la Unidad de Servicios Públicos dependiente de la Alcaldía Municipal de Riohacha, explicó que los demandantes prestaron el servicio de recolección de basuras en los años 1998 y 1999, pero no se tenía presupuesto para efectuar el pago, que todas estas deudas fueron relacionadas en el proceso de reestructuración de la entidad municipal.

3. 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”¹⁵. Sobre este tema se ha expresado la Corporación 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”¹⁶. 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—.”¹⁷

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.¹⁸

¹⁵ 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 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

¹⁶Cita original del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, expediente 110010315000200601308 00: “HINESTROSA, Fernando, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.”

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, expediente 110010315000200601308 00.

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.”¹⁹

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba se encuentra 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 sentencias²⁰ de esta misma Sección, en las

¹⁸ “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 comine 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 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

cuales se hace referencia al tema de la carga de la prueba. En providencia de febrero 24 de 2005²¹ 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 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 2004²², 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*

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 24 de 2005. C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14937.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 21 de 2004. C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14651.

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).

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

La jurisprudencia de la Sala²³ 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-ley 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada también 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 – conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normativa que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas.

También ha sostenido esta Corporación que en principio 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 del Decreto-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*

²³ Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

admitidos por las leyes”, salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, texto a partir del cual resultaba claro que los contratos de Derecho Público podían probarse mediante cualquier medio válido.

Sin embargo, a juicio de la Sala las normas contractuales no pueden interpretarse de manera aislada sino en armonía con las normas procesales correspondientes – concretamente en este caso 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”*-.

Pues bien, a la luz del principio de hermeneútica referido al efecto útil de la interpretación de la norma, el cual 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 se disminuyen significativamente, hay lugar a concluir que en aquellos casos en los cuales la solemnidad se encuentra expresamente establecida en la ley sustancial para la existencia de los contratos en cuya celebración participa la Administración Pública, por regla general será legalmente imposible probarlos a través de medios de acreditación distintos a los de la propia formalidad legalmente exigida para su formación o perfeccionamiento.

Al respecto, la Sala se ha pronunciado en los términos 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 2000²⁴, 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 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”.²⁵ (negrillas adicionales).

En sentencia de 6 de abril de 2000²⁶, cuyo supuesto fáctico consistió en la suscripción de un contrato de interventoría que 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***

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁵ 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.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12775, actor: Jaime D. Bateman Durán. M. P. Ricardo Hoyos Duque.

(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 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).”

5. El caso concreto.

En el asunto que centra la atención de la Sala se advierte que la mayoría de los documentos aportados con la demanda se encuentran en copia simple. Al efecto cabe tener en cuenta que, por tratarse de documentos respecto de los cuales se afirma que forman parte de las diversas órdenes de servicio suscritas con los demandantes, con sus correspondientes soportes, hay lugar a concluir entonces que se trata de documentos públicos que debieron aportarse en original o en copia auténtica de conformidad con lo previsto y exigido perentoriamente en el Código de Procedimiento Civil, según cuyas disposiciones mandatorias los documentos deben ser aportados al proceso en original o en copia.

Sobre el particular resulta importante retomar el criterio expuesto por la Corporación, acerca de la naturaleza jurídica de las órdenes de servicios como contratos estatales sin formalidades plenas, a la luz del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993; la normativa vigente para la época de la presente controversia:

*“Para establecer, en general, si una orden de servicios es un contrato estatal debe tenerse en cuenta que el artículo 1495 del Código Civil define el contrato como un acto por el cual **una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa** y que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública modificado por la Ley 1150 de 2007, establece que los contratos del Estado se perfeccionan **cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación** y éste se eleve a escrito. En consecuencia, **si una orden de trabajo o de servicios expresa un acuerdo sobre los extremos mencionados constituye sin duda un contrato estatal.**”²⁷*

Ahora bien, efectuado el estudio del acervo probatorio susceptible de valoración y después de examinar los diversos aspectos del presente litigio, la Sala precisa que la acción incoada por los demandantes es la contractual, toda vez que la celebración y ejecución de las alegadas órdenes de servicio expedidas durante los años 1998 y 1999, constituyen el fundamento o la causa de las pretensiones de la demanda.

Como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual exige 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.

Sucede entonces que en cuanto siendo que la orden de servicios constituye en sí misma un contrato estatal, la ausencia del escrito, en original o en copia auténtica, única prueba solemne admitida por la ley en relación con la existencia del respectivo vínculo obligacional resulta relevante para el caso que se estudia; así se desprende con claridad del contenido del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para las fechas en las cuales aparentemente se

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 2 de octubre de 2008, exp. 2007-00943, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

habrían suscrito las órdenes de servicios cuyo pago reclaman los demandantes en el caso concreto de la referencia.

Pues bien, en el asunto que ahora se examina se encuentra que a los actores, correspondía la carga de demostrar cada una de las órdenes de servicio y sus antecedentes administrativos y dado que no fueron acreditadas mediante la aportación de los documentos idóneos, para la Sala resulta imposible determinar si en realidad las partes celebraron las mencionadas órdenes de servicios; cuáles habrían sido dentro de aquellas; cuáles de dichas prestaciones habrían sido cumplidas o ejecutadas y menos resulta factible definir acerca de los incumplimientos que en relación con tales prestaciones se alegaron en la demanda.

Tal como lo advirtió Tribunal *a quo*, los únicos documentos con mérito probatorio fueron los que aportó el señor MANUEL LUIS GÓMEZ BORREGO y los que remitió el Municipio demandado, los cuales demuestran las obligaciones contractuales reconocidas por dicho ente territorial, bien por conciliación prejudicial, bien dentro del procedimiento de reestructuración de la Ley 550 de 1999 o directamente como aconteció en el caso del señor REYES AGUILAR GALUE, mediante la expedición de la Resolución No. 468 del 29 de septiembre de 2000.

Si en gracia de discusión de aceptara como un indicio grave en contra del Municipio de Riohacha la omisión de remitir copia auténtica de los documentos anexados por el demandante, tal y como lo ordenó el Tribunal *a-quo* en el auto de pruebas del 5 de febrero de 2001, ello resultaría insuficiente para demostrar la existencia de las órdenes de servicio, comoquiera que la mayoría de ellas no se encuentran suscritas por la alcaldesa municipal y las que contienen alguna firma corresponde al Gerente de la Unidad de Servicios Públicos, señor JULIO ANTONIO BRITO RUEDA, quien en su declaración junto con los demás testigos, enfatizó que dicha unidad no tenía autonomía presupuestal, ni administrativa, sino que dependía directamente de la Alcaldía Municipal, única competente para obligarse y perfeccionar órdenes de servicio como las aquí aludidas.

Se agrega a lo anterior que si incluso se admitieran como válidas las órdenes relativas a los servicios que dicen haber prestado los demandantes antes del 24 de octubre de 1998, habría que concluir acerca de la configuración del fenómeno

de la caducidad de la acción respecto de dichos contratos estatales, comoquiera que el término correspondiente tendría que computarse de forma independiente en relación con cada una de las órdenes de servicio celebradas con los demandantes, tal y como lo ha referido la Sala en otras oportunidades:

“La Sala en varias oportunidades ha precisado la forma de computar el plazo para el ejercicio de la acción contractual y ha sido reiterada la jurisprudencia en señalar que todas las acciones que a bien tenga hacer el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a la terminación o a la liquidación del contrato, si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

En este sentido, se ha apartado de la tesis de los tribunales que para el cómputo de los dos años, parten de la fecha de pago de la cuenta por la que se reclama. Al respecto ha dicho:

“(…) Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. Esta finalidad no se lograría si el contratista, inclusive durante la ejecución misma del contrato se ve obligado a estar demandando a la administración contratante por cada pago que reciba y con el cual no está de acuerdo.

En la ejecución de los contratos estatales debe darse especial importancia a la confiabilidad que los contratantes se ofrecen y que les permite conciliar, en el momento de la liquidación final, los conflictos que entre ellos se presenten. Es apenas razonable que el contratista, a quien le interesa mantener una buena relación con la contratante, espere a terminar la relación contractual, para decidir si demanda o no, a la administración.”²⁸

No obstante lo anterior, en el presente asunto no hay lugar al cómputo del término de caducidad de la acción en la forma indicada, por cuanto las partes no celebraron contrato para la prestación de los servicios de vigilancia materia de la conciliación, lo cual permite tomar cada cuenta de cobro presentada al ente público como si fuese un contrato sin formalidades plenas, en los términos del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Razón por la cual, resulta procedente computar el término de caducidad de la acción en forma independiente para cada cuenta de cobro.”²⁹

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión del Tribunal a quo y efectuará la indexación de la condena impuesta a favor del señor MANUEL LUIS GÓMEZ

²⁸ Cita original: Sentencia del 22 de junio de 1995. Expediente No. 9965.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 10 de noviembre de 2000, exp.18.123, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

BORREGO, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, en consideración a que el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda en Colombia, fenómeno económico que disminuye en forma continua su poder adquisitivo, por lo cual disponer la indexación de la condena en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto directo del recurso de apelación, constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo. Consiste en una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en el máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta Política:

Valor histórico = \$ 3'850.248

Va = \$ 3'850.248 [I. Final (diciembre 2012) / I. Inicial (octubre 2002)]

Va = \$ 3'850.248 (111.87 / 70.66)

Va = \$6'095.772

6. La 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira el veinticuatro (24) de octubre del año dos mil dos (2002).

SEGUNDO.- INDEXAR la condena proferida a favor del señor MANUEL LUIS GÓMEZ BORREGO, condenando al Municipio de Riohacha al pago de SEIS MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS Mcte (\$6'095.772).

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA