

CONTRATO ESTATAL – Formalidades – Elementos - Perfeccionamiento

Las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, habida cuenta de que éste constituye requisito o formalidad constitutiva [ad substantiam actus y ad solemnitatem], conforme a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. De ahí que para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica es preciso que obre en escrito y por ello no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal. En efecto, el citado artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al regular la forma del contrato estatal, prescribe que los contratos que celebren las entidades estatales «constarán por escrito» Lo anterior está en consonancia con el artículo 41 de la misma ley el cual establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. [...] Entratándose de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento

CONTRATO ESTATAL - Existencia

La falta del documento que contiene el acto o contrato no puede suplirse con otra prueba 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. O lo que es igual, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño, como recientemente lo precisó la Sala.

CONTRATO DE CONSULTORIA – Ejecución – Inexistencia

Según los medios de convicción que integran el plenario, deviene incuestionable el hecho de que fue el mismo demandante, que, al margen de haber cumplido de manera diligente con los trámites y procedimientos previos para la suscripción de un contrato de interventoría, ejecutó la prestación de interventoría sin que la misma tuviera soporte o sustento contractual. En otros términos, el contratista con pleno conocimiento de las disposiciones y estipulaciones contenidas en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, que exigen que los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito, que para la ejecución de los mismos se requiere la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo las excepciones legales, y a sabiendas que al momento de expedirse la Resolución No 001 de 1994, el Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño, no contaba con la disponibilidad presupuestal para contratar una interventoría, - tal como se anotó en la citada resolución y lo acepta expresamente el demandante-; pese a ello, el señor Miguel Ángel Cardona Aldana, ejecutó la prestación de interventoría durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero hasta el 25 de octubre de 1994, sin que existiera fundamento contractual. no existe prueba que sea demostrativa de que fue el comportamiento o la actitud del Fondo de Desarrollo Local de Antonio Nariño el que constriñó e impuso la prestación del servicio por parte del señor Miguel Ángel Cardona Aldana; antes por el contrario, la Resolución n° 001 de 1994 expedida por el Alcalde Local en su condición de Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño, es ilustrativa acerca del específico conocimiento que tenía el demandante de que el citado fondo no tenía disponibilidad presupuestal para contratar una interventoría.

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procedencia

Es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. [...] el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento.

ACCION IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Aplicación

Todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos; no obstante, “la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la acción de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, por razones de interés público o general y nunca sobre consideraciones del sólo interés individual o subjetivo, y mucho menos con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó [...] la causa del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento estuvo radicada en cabeza del propio particular, quien asumió voluntariamente, y sin que mediara contrato estatal y disponibilidad presupuestal, prestar las labores de interventoría durante el período antes señalado.

INTERVENTORIA - Elemento del contrato de interventoría – Definición

Se tiene sentado que El artículo 32, numeral 2o de la ley 80 de 1993, relaciona la interventoría como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría. Evidentemente la Interventoría es la supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos que intervienen en el desarrollo de un contrato o de una orden, llámese de servicio, consultoría, obra, trabajo, compra, suministro, etc, que se ejerce a partir de la firma y perfeccionamiento del mismo, hasta la liquidación definitiva, bajo la observancia de las disposiciones legales que para este evento establecen las normas y principios del Régimen de Contratación previsto para las entidades públicas que se indican en el artículo 2° del Estatuto Contractual o Ley 80 de 1993.

INTERVENTORIA - Objeto - Efectos jurídicos

El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación –trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.

ACCION CONTRACTUAL – Existencia

Se reitera que es fundamental y presupuesto sine qua non para la prosperidad de las pretensiones de incumplimiento del contrato que se acredite la existencia del 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. No debe perderse de vista que con arreglo al artículo 1757 del Código Civil incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, esto es, que quien invoque un negocio jurídico como fuente de obligaciones tiene la carga de probar su existencia con arreglo a lo preceptuado por la ley, si pretende hacerlo valer frente a su cocontratante. En el sub examine el demandante incumplió con esta carga y al hacerlo también pasó por alto lo ordenado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [onus probandi incumbit actori]. Preceptos que son desarrollo del principio de auto responsabilidad de las partes Esta omisión constituye por sí sola razón para considerar que las pretensiones no están llamadas a prosperar en tanto no se acreditó la existencia del contrato que sustenta la causa de la acción y por lo mismo la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

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

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01416-01(20005)

Actor: MIGUEL ANGEL CARDONA ALDANA

Demandado: FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE ANTONIO NARIÑO

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 19 de Diciembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión, Sección Tercera, Sala de Decisión con sede en Bogotá, mediante la cual se dispuso:

“1. Deniéguense las pretensiones de la demanda.

“2. Devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración seccional para el traslado del expediente al Tribunal de origen (A.C 810/2000 C.S de la J)

I. ANTECEDENTES.

1.- La demanda.

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., Miguel Ángel Cardona Aldana actuando mediante apoderado judicial en escrito fechado 26 de septiembre de 1995¹, presentó demanda en contra del Fondo de Desarrollo Local de Antonio Nariño a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

¹ Fls 1 a 7. C. 1.

1.1.- *“Se declare que entre el señor Miguel Ángel Cardona Aldana y el Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño existió contrato de consultoría (Interventoría) en virtud de la resolución No 001 de 1994.*

1.2 *“Que se liquide el contrato mencionado por encontrarse agotado y ejecutado totalmente.”*

1.3. *“Condénese al Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño al pago de los trabajos realizados por el Ingeniero Cardona en virtud de la resolución mencionada y al daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados de conformidad a lo que resulte probado en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor.”*

1.4 *“A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los art 176 y 177 del C.C.A.*

2.- Los hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación sintetizan:

2.1. Mediante resolución 001 de 19 de febrero de 1994 se designó interventor al Ingeniero Miguel Ángel Cardona.

2.2. Por urgencia manifiesta en la localidad se le asignó la supervisión técnica de las siguientes obras:

- a. Construcción del centro comunitario del barrio Ciudad Jardín.
- b. Construcción piscina ciudad Jardín.
- c. Construcción cerramiento del centro comunal Policarpa.
- d. Construcción talleres para el desarrollo microempresarial del barrio ciudad Jardín.
- e. Construcción baños públicos y zona de lavaderos para legumbres.
- f. Construcción cubierta módulo A en la plaza demarcada Barrio Santander.
- g. Construcción locales fachada plaza de mercado Barrio Santander.
- h. Construcción camerino y juegos infantiles Barrio Policarpa.

i. Construcción cerramiento del parque Policarpa.

2.3 En el citado acto administrativo no se le indicó a su patrocinado los recursos que procedían tampoco en el acto de notificación del mismo, en consecuencia no se le dio oportunidad de interponer los recursos pertinentes.

2.4 Su poderdante aceptó ejecutar los trabajos de interventoría mientras se hacían los respectivos traslados presupuestales para pagarle.

2.5 Con fecha de 12 de septiembre de 1994 el ingeniero Cardona se dirigió por escrito al Fondo de Desarrollo Local de Antonio Nariño solicitando se le cancelaran los trabajos ejecutados hasta la fecha y además que se acordara el pago por futuros trabajos.

2.6 Con fecha de 25 de octubre de 1994 el Ingeniero se dirige nuevamente al fondo solicitando la cancelación de los trabajos y manifestando su renuncia pues no estaba en condiciones de laborar en forma gratuita por más tiempo para esa entidad.

2.7 Hasta el momento de su retiro el señor Cardona realizó la interventoría de todas las obras contenidas en la resolución 001 con excepción de la construcción de la piscina del Barrio ciudad Jardín.

2.8 Hasta la fecha el Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño aunque en comunicación escrita que obra en sus dependencias manifiesta al Dr. Cardona que le pagarían los trabajos ejecutados previa evaluación que ellos harían sobre el costo de estos, no se ha cancelado a su poderdante dichos trabajos.

2.9 En la resolución No 001 de 1994 no se establecieron honorarios ni se pactó precio para el contrato.

3.- Actuación Procesal.

3.1.- Mediante auto de 06 de octubre de 1995², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera, admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal del Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño; al agente de Ministerio Público; ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

² Fl 10 y 11. C. 1.

3.2.- Por auto de fecha 12 de junio de 1996³, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 23 de agosto de 2000⁴, se ordena correr traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

3.2.1.- La parte demandante en escrito presentado el día 11 de septiembre de 2000⁵, alega de conclusión relatando los antecedentes del proceso y afirma que, "(...) Tal como se probó desde la demanda misma y fue aceptado por la parte demandada, el Ingeniero Miguel Ángel Cardona fue designado por medio de la Resolución No 001 de febrero 19 de 1994, para que ejecutara las labores de Interventoría en sus funciones técnicas de las obras que se relacionan en el artículo primero de la mencionada resolución.

Tal como se hace constar en aquella en forma expresa, la demandada se vio precisada a designar a su representado para ejecutar la aludida interventoría técnica en razón de que el ingeniero Juan Vanegas Quintero que la entidad tenía destacado al efecto no alcanzaba a cumplir su tarea. Desde luego, las obras iniciaban su ejecución y no podían detenerse ni ejecutarse sin la obligada auditoria, todo lo cual pone en evidencia que la designación del Interventor obedeció a una situación de urgencia, conforme a lo expresamente previsto en el artículo 42 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el literal f) numeral 1º del artículo 24 de la misma ley.

(...)

Por último es de recalcar que la utilidad de las labores realizadas por el actor para la demandada fueron de vital importancia, como se desprende del contenido de la resolución varias veces mencionada y de las declaraciones del ingeniero Juan Vanegas Quintero. Alega que el Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño inició obras para la comunidad que requerían urgente supervisión técnica y él no contaba con los medios para realizarla. Tal como lo manifiestan los peritos (folio 13 cuaderno 3), estas obras fueron de amplia importancia para la comunidad desde el punto de vista social, de seguridad, y de desarrollo estructural. (...)"

3.2.2.- La parte demandada en escrito presentado el 11 de septiembre de 2000⁶, alegó de conclusión, diciendo que, "(...) como se observa del estudio detallado de

³ Fl 33 a 37, ib.

⁴ Fl 93, ib..

⁵ Fls 94 a 98, ib.

⁶ Fls 114 a 115, ib.

los hechos narrados en la demanda, estos no son claros, puesto que los antecedentes que se anexaron con la misma, tratan específicamente del contrato de consultoría No 08 de 1993, y no se hace referencia para nada de la resolución No 001 de febrero 19 de 1994, mediante la cual se le designó al demandante interventor de ciertas obras en la Localidad de Antonio Nariño, razón por la que se presente una incongruencia entre los hechos narrados en el correspondiente capítulo y las pretensiones de la demanda (...)"

4. Contestación de la demanda

Oportunamente el fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño mediante apoderado judicial, contestó la demanda⁷ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a ello solicita que con base en lo establecido en artículo 306 del C.P.C en concordancia con lo normado en el artículo 164 del C.C.A, se deberán reconocer de oficio las excepciones que se encuentren probadas dentro del proceso.

5.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C en sentencia dictada el 19 de diciembre de 2000⁸, negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que *"(...) En cuanto a la pretensión inicial de declarar la existencia de un contrato en virtud de la citada resolución por cuanto ella surte los efectos de la constancia de autorización que contempla el artículo 41 de la ley 89 de 1993 para los casos en que no se ha celebrado contrato suscrito, no es de recibo de la sala pues la aludida disposición refiere tal situación a los eventos "de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley", norma que a su vez establece las condiciones y la forma en que tal situación puede ser invocada por la administración y específicamente exige la expedición de un acto administrativo motivado que así lo declare y que no se dio en el caso en cuestión.*

"Como puede observarse, del acto administrativo citado se desprende una relación jurídica que no reviste las condiciones para ser calificada como contractual en

⁷ Fls 23 a 25, ib.

⁸ Fls 116 a 124 . C. 2ª instancia.

cuanto no se señalen obligaciones reciprocas a cargo de las partes, además de otros elementos esenciales a la naturaleza de los contratos como el valor y el plazo, como tampoco se ajusta a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 32 del Estatuto Contractual disposición que regula el contrato de consultoría (...)”

6.- El recurso de apelación.

El día 18 de mayo de 2001, la parte demandante sustenta el recurso de apelación⁹, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda. El apoderando de la parte actora sustenta el recurso de apelación, relatando los antecedentes del proceso y reiterando que *“(...) En conclusión la pretensión que solicita la declaratoria de la existencia de un contrato de consultoría (interventoría) entre el señor Miguel Ángel Cardona Aldana y El Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño genera una controversia contractual ya que si existieron los elementos propios de una relación contractual, y que en ningún momento fueron cuestionados por persona o entidad competente (...) por lo anteriormente expuesto y lo obrante en el proceso debe tenerse en cuenta que el acto administrativo enmarcado por la resolución 001-94 muestra la voluntad del ente administrativo de producir una relación jurídica contractual con sus efectos y consecuencias ”.*

7. Actuación en segunda instancia

7.1. El recurso fue admitido el 05 de junio de 2001¹⁰ y luego por auto de 30 de agosto del mismo año se ordenó el traslado para alegar.¹¹

7.2. En escrito presentado el 9 de agosto de 2002¹², la parte demandada alega de conclusión reiterando lo esgrimido a lo largo del proceso y afirma que *“(...) efectuando un estudio minucioso a los antecedentes obrantes en el plenario, resulta facial concluir que no se dan los elementos propios de un contrato estatal, como son el acuerdo de voluntades encaminado a producir efectos jurídicos, el precio, el objeto contractual, ni mucho menos la correspondiente disponibilidad y registro presupuestal, requisito este indispensable para la legalidad del negocio jurídico, cuya declaratoria se pretende, dado que la administración no puede*

⁹ Fls 133 a158, ib.

¹⁰ Fl 160 , ib.

¹¹ Fl 224 ib.

¹² Fls 202 a 205, ib.

contratar , sin contar con los recursos o reservas presupuestales para ello (...). De otra parte quedó ampliamente demostrado en primera instancia que no se presentó la denominada “urgencia manifiesta” a que alude la apoderada del actor, pues no obra en el plenario prueba de su declaración mediante acto administrativo motivado y esta de manera alguna puede presumirse, de tal manera que no se dan los supuestos jurídicos ni facticos que prevén los artículos 41, 42, y el numeral segundo del artículo 32 de la ley 80 de 1993 para que se configure el contrato de consultoría”

7.3. Igualmente la parte actora alega de conclusión y en escrito presentado el 14 de agosto del mismo año,¹³ solicita la revocatoria de la sentencia y se acceda a las súplicas de la demanda reiterando que “(...) *En conclusión la pretensión que solicita la declaratoria de la existencia de un contrato de consultoría (interventoría) entre el señor Miguel Ángel Cardona Aldana y El Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño genera una controversia contractual ya que si existieron los elementos propios de una relación contractual, y que en ningún momento fueron cuestionados por persona o entidad competente(...) por lo anteriormente expuesto y lo obrante en el proceso debe tenerse en cuenta que el acto administrativo enmarcado por la resolución 001-94 muestra la voluntad del ente administrativo de producir una relación jurídica contractual con sus efectos y consecuencias*”.

8.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del Tribunal *a quo* en cuanto negó las pretensiones de la demanda, para lo cual examinará los siguientes aspectos: i) competencia; ii) objetivo de la acción y motivo de la apelación; iii) prueba del contrato estatal; iv) el caso concreto.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso, en virtud de lo dispuesto por los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo. Este proceso tiene vocación de doble instancia en atención a que las pretensiones de la demanda se estimaron en \$ 15.000.000.00 de pesos y la cuantía exigida

¹³ Fls 237 a 272, ib.

para que el proceso de controversias contractuales fuese de dos instancias para la fecha de presentación de la demanda¹⁴ era de \$ 9.610.000.00.

2. Fijación del litigio en esta instancia

El actor persigue se declare que entre el señor Miguel Ángel Cardona Aldana y El Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño existió contrato de consultoría (Interventoría) en virtud de la resolución No 001 de 1994 y como consecuencia de ello se ordene su consecuente liquidación.

En tal virtud, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se contrae a 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 y prueba del contrato estatal

Las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, habida cuenta de que éste constituye requisito o formalidad constitutiva (*ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*), conforme a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. De ahí que para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica es preciso que obre en escrito y por ello no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, tal y como lo ha indicado una y otra vez la jurisprudencia de la Sala.¹⁵

En efecto, el citado artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al regular la forma del contrato estatal, prescribe que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito”

Lo anterior está en consonancia con el artículo 41 de la misma ley el cual establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito¹⁶.

¹⁴ 26 de septiembre de 1995.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias 28 de enero de 1994, Exp. 9072; 11 de julio de 1996, Exp. 9692; 29 de enero de 1998 exp. 11099; de 4 de mayo de 1998; 5 de octubre de 2005 AP 1588; 29 de noviembre de 2006 exp. 16855; 2 de mayo de 2007 rad. 25000232600019950112301 (16211); 17 de mayo de 2007 AP 3932; 20 de septiembre de 2007 exp. 16.852 y 23 de marzo de 2011, exp.17.072; Auto del 27 de enero de 2000, Exp. 19935; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de agosto de 1998; Sección Tercera, Subsección “C”, exp: 22.167.

¹⁶ , lo siguiente:

De ahí que la falta del documento que contiene el acto o contrato no puede suplirse con otra prueba 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. O lo que es igual, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño, como recientemente lo precisó la Sala.¹⁷

Se tiene sentado que El artículo 32, numeral 2o de la ley 80 de 1993¹⁸, relaciona la interventoría como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría.

Evidentemente la Interventoría es la supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos que intervienen en el desarrollo de un contrato o de una orden, llámese de servicio, consultoría, obra, trabajo, compra, suministro, etc, que se ejerce a partir de la firma y perfeccionamiento del mismo, hasta la liquidación definitiva, bajo la observancia de las disposiciones legales que para este evento establecen las normas y principios del Régimen de Contratación previsto para las entidades públicas que se indican en el artículo 2° del Estatuto Contractual o Ley 80 de 1993.

“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.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

(...)”

¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia 25 de abril de 2012, Sección Tercera, Subsección C, exp.22.167. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁸ Ley 80 de 1993 (Octubre 28), “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, D. O. o. 41.094 (Oct.28/93); Art. 32. “*De los Contratos Estatales*. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto..., así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación ... **2o. Contrato de consultoría.** (...) Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría...”.

El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados.

Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación –trátase de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.

Entratándose de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento.¹⁹

Sin embargo se venía diciendo por la Jurisprudencia de la Sala que, en aquellos eventos en que se desplegaba una actividad a favor de una entidad pública, sin que mediase la existencia de contrato estatal no era posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la orbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa

¹⁹ “Art. 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...”

jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado.

4. Posición unificada en materia de enriquecimiento sin causa y la actio in rem verso.

Esta Sección en sentencia de 19 de noviembre de 2012, unificó el criterio a propósito de la pluralidad de posiciones en materia de enriquecimiento sin causa y la actio in rem verso en asuntos como el que se ventila en este caso, donde se pretende el pago de una indemnización sin que exista un contrato legalmente celebrado, por lo que la Sala por la importancia jurídica del tema la transcribe in extenso, así:

*“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia²⁰ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831²¹ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

²¹ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte²², y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”,²³ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”²⁴

²² En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

²⁴ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

12.2. *Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.*

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el*

juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

13. Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa.

Se recuerda que, de un lado, se prohija las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para

enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

*En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la *condictio* perteneciente a la respectiva materia, materia esta que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento.*

Ulteriormente, a partir de la construcción de la escolástica cristiana y de la escuela del derecho natural racionalista, se entendió que la prohibición de enriquecerse a expensas de otro era una regla general que derivaba del principio de la equidad y que por lo tanto resultaba aplicable también para todas aquellas otras hipótesis en que alguien se hubiera enriquecido en detrimento de otro, aunque tales casos no estuvieran previstos en la ley.

*Este proceso culminó cuando Aubry y Rau entendieron y expresaron que la *actio de in rem verso* debía admitirse de manera general para todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona, sin causa legítima, se enriquecía en detrimento del de otra y siempre y cuando el empobrecido no contara con ninguna otra acción derivada de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito para poder obtener la restitución.*

*Así que entonces la autonomía de la *actio de in rem verso* se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere.*

Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.

Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro.

Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la actio de in rem verso, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental.

Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.

Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que en ese caso puede pedir y nada más.

Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es

precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental.

14. *Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción.*

Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibídem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento.

Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos²⁵ y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.

Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos²⁶ y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones”.²⁷

²⁵ Numeral 6 del artículo 134B del C.C.A.

²⁶ Numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

De lo antes transcrito se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos; no obstante, “la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, por razones de interés público o general y nunca sobre consideraciones del sólo interés individual o subjetivo, y mucho menos con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó”.

7. El caso concreto

Al descender las consideraciones precedentes al *sub lite*, y revisados los documentos allegados al expediente, se encuentra que ninguno de ellos contiene el contrato de consultoría (Interventoría) cuya declaratoria de existencia persigue la parte demandante y que alega haber celebrado con la entidad demandada.

En efecto, según los medios de convicción que integran el plenario, deviene incuestionable el hecho de que fue el mismo demandante., que, al margen de haber cumplido de manera diligente con los trámites y procedimientos previos para la suscripción de un contrato de interventoría, ejecutó la prestación de interventoría sin que la misma tuviera soporte o sustento contractual.

En otros términos, el contratista con pleno conocimiento de las disposiciones y estipulaciones contenidas en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, que exigen que los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito, que para la ejecución de los mismos se requiere la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo las excepciones legales, y a sabiendas que al momento de expedirse la Resolución No 001 de 1994, el Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño, no contaba con la disponibilidad presupuestal para contratar una interventoría, - tal como se anotó en la citada resolución y lo acepta expresamente el demandante²⁸-; pese a ello, el señor Miguel Ángel Cardona Aldana, ejecutó la

²⁸ Fls 14, 15 y 18. C. 2 Pruebas.

prestación de interventoría durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero hasta el 25 de octubre de 1994, sin que existiera fundamento contractual.

Igualmente, no existe prueba que sea demostrativa de que fue el comportamiento o la actitud del Fondo de Desarrollo Local de Antonio Nariño el que constriñó e impuso la prestación del servicio por parte del señor Miguel Ángel Cardona Aldana; antes por el contrario, la Resolución n° 001 de 1994 expedida por el Alcalde Local en su condición de Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño, es ilustrativa acerca del específico conocimiento que tenía el demandante de que el citado fondo no tenía disponibilidad presupuestal para contratar una interventoría.

En ese orden de ideas, si durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero hasta el 25 de octubre de 1994 –período por cuya indemnización reclama la parte actora–, se prestó el servicio de interventoría sobre los contratos de obras que allí se especifican, es evidente que ello se efectuó *motu proprio* por parte de aquel, ya que conocía plenamente la situación de falta de disponibilidad presupuestal y que no existía ningún tipo de contrato suscrito entre él y la administración que respaldara la interventoría que iba a realizar.

Como se aprecia, la causa del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento estuvo radicada en cabeza del propio particular, quien asumió voluntariamente, y sin que mediara contrato estatal y disponibilidad presupuestal, prestar las labores de interventoría durante el período antes señalado.

En consecuencia, la reclamación que se pretende, tampoco tuvo origen en razones de interés público o general; ni se estructura ninguna de las causales para la procedencia de la actio de in rem verso en los términos de la Jurisprudencia señalada, como serían entre otros los siguientes:

d) “Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

- e) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
- f) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993²⁹.*

En consecuencia, como la única prueba válida para acreditar la existencia del contrato de interventoría es la prueba del escrito que lo contiene y 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, como ha indicado la Sala, 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.

Por lo demás, la Sala destaca que si bien es cierto que en la Resolución No 001 de febrero 19 de 1994, se designó al demandante como interventor de varias obras, lo anterior no está demostrando perse la existencia o celebración del contrato de consultoría (Interventoría), porque si se analiza el citado documento,

²⁹ Sentencia del 19 de noviembre de 2012 citada.

en ella no se hace referencia o no está contenida la manifestación de voluntad consistente en que la intención de las partes era suscribir un contrato de ese tipo y que la administración se obligaba a pagar una determinada remuneración por ello.

Se itera que es fundamental y presupuesto *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones de incumplimiento del contrato que se acredite la existencia del 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.³⁰

No debe perderse de vista que con arreglo al artículo 1757 del Código Civil incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, esto es, que quien invoque un negocio jurídico como fuente de obligaciones tiene la carga de probar su existencia con arreglo a lo preceptuado por la ley, si pretende hacerlo valer frente a su cocontratante.

En el *sub examine* el demandante incumplió con esta carga y al hacerlo también pasó por alto lo ordenado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (*onus probandi incumbit actori*).

Preceptos que son desarrollo del principio de auto responsabilidad de las partes que impone al interesado una conducta procesal, que de no adelantarse deberá acarrear las consecuencias adversas que ella apareja. Regla que lleva consigo que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

Esta omisión constituye por sí sola razón para considerar que las pretensiones no están llamadas a prosperar en tanto no se acreditó la existencia del contrato que

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852.

sustenta la causa de la acción y por lo mismo la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

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

FALLA:

Primero: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión, Sección Tercera, Sala de Decisión, con sede en Bogotá, el 19 de diciembre de 2000.

Segundo: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ