

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto – Características – Existencia – Medido idóneo de declaratoria

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

Igualmente se ha indicado que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado, la formalidad del escrito, según lo dispuesto en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba de esa manera. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento también ha sido exigida por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994.

Respecto de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales se ha pronunciado la Corporación en oportunidades anteriores. Así, en sentencia del 28 de septiembre de 2006, precisó el asunto en los términos que a continuación se transcriben: “En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: «Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.» En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así:

«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.»

«De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato).

«Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla “puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes»¹

«De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución [...]»

«El Consejo de Estado en varias providencias, al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.»

«[...] «De conformidad con lo expuesto se tiene que: «- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración. «- Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, «se perfecciona» cuando «se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito», y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.»

«- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución».

Aunado a lo expuesto anteriormente existe la posibilidad de que la parte contractual solicite al juez,

¹ Original de la sentencia en cita: “Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág143.”

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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-14783-01(24557)

Actor: MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA

Demandado: FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS)

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2002, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 30 de julio de 1997 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, demanda en ejercicio de la acción contractual en contra del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), con las siguientes pretensiones²:

“PRIMERA.- Que se declare que entre el FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS), de una parte, Y MARCO TULIO

² Folios 2 al 20 del cuaderno No. 1.

QUIROGA MENDIETA, de la otra, se celebró un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual éste último, debía prestar al primero asesoría técnica en la formulación de proyectos de fortalecimiento de la educación básica, construcción y dotación de casas de la cultura, dotación de textos para la educación secundaria, implementación del grado cero y salud, para algunos municipios del departamento del Tolima, a cambio de una remuneración correspondiente al 4% sobre el valor del monto total de los proyectos.

SEGUNDA.- Que se declare que el FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) incumplió las obligaciones que contrajo con mi poderdante MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, nacidas de tal contrato de prestación de servicios.

TERCERA.- Que, como consecuencia de las declaraciones inmediatamente anteriores, se condene al FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) a pagar al señor MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, la suma del cincuenta y siete millones cuatrocientos cuarenta mil doscientos ochenta y siete pesos (\$57'440.587 (sic)), correspondientes al 4% del valor total de los proyectos por él presentados.

CUARTA.- Que adicionalmente, se condene al FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) a indemnizar los perjuicios causados al señor MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, por el incumplimiento, vale decir, incluyendo los intereses correspondientes sobre la suma mencionada en la pretensión anterior, desde la fecha en que tal pago ha debido ser realizado y su correspondiente ajuste según lo previsto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y disponiendo que las respectivas condenas sean pagadas dentro de los precisos términos previstos por los artículos 176 y 177 ibídem.

PRIMERAS SUBSIDIARIAS:

En el remoto evento de que no se accediere a las PRETENSIONES PRINCIPALES, por considerar ese H. Tribunal que no existió contrato entre las partes comedidamente solicitó:

PRIMERA.- Que se declare que el FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) incurrió en responsabilidad precontractual constitutiva de falla en el servicio, como consecuencia de la conducta negligente que observó frente al señor Marco Tulio Quiroga Mendieta.

SEGUNDA.- Que, como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, se condene al FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) a indemnizar los perjuicios causados al señor MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso o en aquella que se establezca de acuerdo con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, por concepto de daño emergente y lucro cesante, incluyendo el ajuste de dichas cuantías según lo previsto por el artículo 178 del mismo Código, disponiendo que las respectivas condenas sean pagadas dentro de los precisos términos previstos por los artículo 176 y 177 ibídem.

SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

En el caso de que esa H. Corporación no llegare a acoger las pretensiones principales, ni las primeras subsidiarias, atentamente solicito:

PRIMERA.- *Que se declare que el FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) se enriqueció injustamente a costa del señor MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, como consecuencia de las erogaciones, gastos y costas en que este último incurrió al tener que elaborar cuarenta y cinco proyectos que presentó a su consideración y que fueron aprobados por la entidad demandada, erogaciones costos y gastos que no les han sido reconocidos ni reembolsados.*

SEGUNDA.- *Que, como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, se condene al FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INVERSION SOCIAL (FIS) a reembolsar las erogaciones, costos y gastos en que incurrió el señor MARCO TULIO QUIROGA MENDIETA, así como a indemnizarle los restantes perjuicios causados en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso o en aquella que se establezca de acuerdo con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, por concepto de daño emergente y lucro cesante, incluyendo el ajuste de dichas cuantías según lo previsto por el artículo 178 del mismo Código, y disponiendo que las respectivas condenas sean pagadas dentro de los precisos términos previstos por los artículos 176 y 177 ibídem”.*

2. Hechos.

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

2.1. En comunicación del 25 de julio de 1995 dirigida al Director del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta ofreció los servicios de *“asesoría técnica y capacitación a las autoridades de los entes territoriales del Departamento del Tolima, para la formación y presentación de proyectos de cofinanciación”*. Agregó que por valor de la asesoría, el citado Fondo le debía pagar el *“cuatro por ciento (4%) sobre el valor total de cada proyecto y en el momento de ser aprobado por el Comité Técnico del FIS”*.

2.2. En respuesta a la propuesta presentada por el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, el Director del Fondo mediante oficio No. 2798 del 26 de julio de 1995, le manifestó que la misma se ajustaba a los requerimientos del Sistema Nacional de Cofinanciación, con lo cual esperaba que *“en el corto plazo que señala la Ley, el 30 de septiembre próximo, usted [Marco Tulio Quiroga Mendieta] consiga presentar, debidamente perfeccionados, numerosos proyectos de cofinanciación para el desarrollo y el progreso de los municipios de su departamento”*.

2.3. Mediante oficio del 27 de julio de 1995, el Director del Fondo le informó al Gobernador del Tolima de ese entonces, que el señor *"MARCO TULLIO QUIROGA MENDIETA estaba presentando en ese Departamento la asesoría técnica y capacitación en la formulación de los proyectos de cofinanciación, trabajo que era visto con beneplácito por el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS"*.

2.4. En comunicación No. 4125 del 1° de septiembre de 1995, dirigida al Gobernador y Alcaldes del Departamento del Tolima, el Director del Fondo manifestó que los asesores territoriales *"ofrecieron por escrito unas precisas condiciones de trabajo señalando que cobrarían honorarios del 4% sobre el valor total del proyecto con cargo al aporte FIS del mismo"*, propuestas que *"serían viables en la medida en que las entidades territoriales estuvieran de acuerdo con el apoyo específico"*. Agregó que *"los contratos a que hubiese lugar solamente se celebrarían entre el FIS y los asesores cuando los proyectos fuesen aprobados por el Comité Técnico del FIS... Si los proyectos no alcanzaren la aprobación no causarían honorarios"*.

2.5. Consideró la parte actora que en virtud de la aceptación de la propuesta presentada por el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, éste elaboró 45 proyectos por valor de \$1'436.010.199, los cuales fueron debidamente aprobados por la Unión Temporal Especializada de Cofinanciación del Tolima (UDECO) y por el Comité Técnico del Fondo, de suerte que *"tenía derecho a recibir por concepto de honorarios la suma de cincuenta y siete millones cuatrocientos cuarenta mil doscientos ochenta y siete pesos (\$57'440.287)"*. El 23 de noviembre de 1995 el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta radicó en el Fondo cuenta de cobro por ese valor, sin obtener el respectivo pago.

2.6. Se adujo en la demanda que el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta incurrió para la elaboración de los proyectos en cuantiosos gastos, los cuales esperaba compensar con los honorarios que le adeudaba el Fondo.

2.7. Sostuvo que entre el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta y el Fondo existió un contrato de prestación de servicios, el cual incumplió la entidad pública *"al negarse a pagar, contra el principio de buena fe, la remuneración a la cual tenía derecho"*. Agregó que en el caso remoto de considerar que el contrato no existe, lo cierto es que la entidad pública deberá responder *"por enriquecimiento injusto"*.

3. Actuación Procesal

La demanda presentada el 30 de julio de 1997³, fue admitida por auto del 22 de agosto de 1997⁴ y notificada en legal forma al Ministerio Público el 15 de octubre de ese mismo año⁵ y al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) el 20 de febrero de 1998⁶.

4. Contestación de la demanda.

La Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - Findeter -, en su carácter de Administrador del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), de acuerdo con el Decreto 1691 de 1997, que ordenó su fusión a la financiera, contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones⁷.

Al respecto señaló que con las comunicaciones a las cuales se hizo referencia en la demanda, no era posible acreditar la existencia de vínculo contractual alguno entre el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta y el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), razón por la cual no había lugar a reconocerle los honorarios que reclama.

Sostuvo que los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y, según lo prevé el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, cuando dicho acuerdo se eleve a escrito.

Por último, señaló que en el presente asunto la existencia del contrato estatal se encontraba condicionada a que el Comité aprobara los proyectos de pre inversión, de ahí que al no haberse configurado dicha circunstancia, no era posible hablar de responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de un contrato que nunca existió.

5. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto

³ Folio 20 del cuaderno No.1.

⁴ Folio 23 del cuaderno No.1.

⁵ Folio 23 vto del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 25 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 31 al 36 del cuaderno No. 1.

del 30 de abril de 1998, abrió el proceso a pruebas⁸ y, a través de la providencia del 22 de mayo de 2001, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión⁹, oportunidad procesal en la que la parte actora se pronunció para reiterar los argumentos expuestos en la demanda y agregar que en el proceso existen suficientes elementos probatorios – comunicaciones y testimonios - que dan cuenta del vínculo contractual existente entre el Fondo y el demandante, así como del incumplimiento de las obligaciones contractuales en que incurrió la entidad demandada al no pagarle al citado señor lo que le correspondía como contraprestación por los servicios prestados¹⁰.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

6. La sentencia de primera instancia

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2002¹¹, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Estimó el *a quo* que no existen elementos probatorios que permitan tener por acreditado el supuesto vínculo contractual entre el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) y la parte actora, de suerte que las pruebas que reposan en el expediente lo único que indican es que *“si bien es cierto el demandante probablemente asesoró a varios municipios del Departamento del Tolima en la realización y presentación de proyectos de cofinanciación, dicha labor no fue encomendada en ningún momento por la entidad demandada”*.

De igual modo señaló que el Fondo gira recursos a los entes territoriales, *“quienes son los que realizan y ordenan la elaboración de asesorías para la presentación de proyectos ante el FIS, con el fin de obtener la cofinanciación en el desarrollo de diferentes proyecto de desarrollo local”*, de ahí que de existir algún vínculo contractual sería entre la entidad territorial y el asesor – Marco Tulio Quiroga Mendieta -.

Sostuvo que incluso en el evento remoto de aceptarse que entre el Fondo y el

⁸ Folios 49 y 50 del cuaderno No. 1.

⁹ Folio 118 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Folios 119 al 144 del cuaderno No. 1.

¹¹ Folios 156 al 166 del cuaderno principal.

señor Marco Tulio Quiroga Mendieta hubiera existido una relación contractual, éste último no tendría *“derecho a recibir honorarios por los proyectos de asesoría técnica que logró realizar, pues los mismos estaban necesariamente condicionados a la aprobación total que sobre los mismos impartiera la Junta Directiva del FIS, y como lo mismo no ocurrió, no hay razones para pretender el reconocimiento y pago de dichos honorarios”*.

Bajo esas condiciones, concluyó el *a quo* que no había lugar a declarar la existencia del supuesto contrato, ni la responsabilidad precontractual de la entidad demandada y, menos aún, el enriquecimiento sin causa al que alude la parte actora.

7. El recurso de apelación

De manera oportuna¹², la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Expuso, en síntesis, que el *a quo* desconoció *“abierta y frontalmente las pruebas que fueron recaudadas en la primera instancia”*, de suerte que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, en el presente asunto sí había material probatorio suficiente para despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Señaló que no hay duda alguna de la relación contractual existente entre el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) y la parte actora. Así mismo, añadió que en el proceso se encuentra demostrado que el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta asesoró a varios municipios en el departamento del Tolima *“lo que explica los más de 40 proyectos que fueron elaborados por aquel y que son demostrativos de la relación contractual”*.

Sostuvo el apelante que en el evento en que se llegara a considerar que en el presente asunto no existió relación contractual entre el Fondo y la parte actora, la entidad demandada debía entrar responder, en tanto que le hizo creer que le reconocería y pagaría honorarios por prestar asesoría en la formulación de

¹² Recurso presentado el 13 de enero de 2003 y sustentado el 25 de abril de 2003, folios 168, 178 al 186 del cuaderno principal.

proyectos de cofinanciación.

Por último, señaló que “*si aún se determinara que no se dan los elementos para configurar la responsabilidad pre-contractual, ha debido el Tribunal [examinar] si existía o no un enriquecimiento sin causa... aspecto éste que fue ignorado por el Tribunal en su fallo*”.

8. El trámite de segunda instancia

El recurso planteado en los términos expuestos, fue admitido por auto del 2 de mayo de 2003¹³ y, mediante proveído del 6 de junio del mismo año¹⁴, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunció la parte actora para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregar que si bien en el expediente no obra la comunicación del 26 de julio de 1995 proferida por el Director del Fondo contentiva de la respuesta a la propuesta que le presentó el señor Quiroga consistente en prestar asesoría para la formulación y presentación de proyectos de cofinanciación, no lo es menos que la entidad demandada en la contestación, aceptó la existencia de esa comunicación, con lo cual se encontraba “*excusada la parte actora de probarlo*”, pues “*tal reconocimiento comportaba una confesión*”¹⁵.

El Ministerio Público y la parte demandada guardaron silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la

¹³ Folio 188 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 190 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 191 al 207 del cuaderno principal.

parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la existencia o no de un contrato de prestación celebrado por el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), cuya naturaleza jurídica es la de establecimiento público del orden nacional conformado mediante el decreto 2132 de 1992¹⁶.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, habida cuenta que el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de establecimiento público, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 10 de diciembre de 2002, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en cincuenta y siete millones cuatrocientos cuarenta mil quinientos ochenta y siete pesos (\$57'440.587) "*correspondiente al 4% del valor total de los proyectos por él [Marco Tulio Quiroga Mendieta] presentados*", mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁷ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13'460.000) (Decreto 597 de 1988).

¹⁶ **DECRETO 2132 DE 1992**

"Por el cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional.

(...)

ARTICULO 1o. NATURALEZA JURIDICA. *Fusionanse el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional, y confórmase el Fondo de cofinanciación para la Inversión Social FIS, como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Todos los bienes, derechos y obligaciones de las entidades fusionadas formarán parte del patrimonio del Fondo de cofinanciación para la Inversión social – FIS.*

(...)".

¹⁷ 30 de julio de 1997.

2. Las pruebas que obran en el expediente

2.1. Documentos auténticos.

Los siguientes documentos fueron aportados en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados por la Sala¹⁸:

- Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, correspondiente a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER -¹⁹.
- Constancias del 5 de septiembre de 1995, expedidas por el Secretario General de Flandes (Tolima) y el Rector del Colegio Oficial de Sumapaz²⁰.
- Oficios del 11 de septiembre y 13 de octubre de 1995, dirigidos al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS), por medio de los cuales los señores Alcaldes de Ibagué y de Cunday (Tolima), le presentaron cada uno un proyecto con el fin de someterlo a su aprobación y lograr con ello obtener la cofinanciación del Fondo, dejando la anotación de que los proyectos fueron asesorados por el

¹⁸ El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo 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 parte de la filosofía 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., 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 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 casos: **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.

¹⁹ Folios 44 al 45 del cuaderno de pruebas No. 1.

²⁰ Folios 265 y siguiente del cuaderno de pruebas No. 2.

Ingeniero Marco Tulio Quiroga Mendieta y que para el “*pago de sus honorarios el municipio no cuenta con presupuesto*”, con lo cual le solicitan al Fondo le sea “*adjudicado un cuatro por ciento (4%) del valor del Proyecto para suplir los gastos de asesoría, al doctor Marco Tulio Quiroga Mendieta*”²¹.

- Constancia expedida el 31 de octubre de 1995, por el Director de AUTOCLUB Ibagué (Tolima)²².
- Oficio del 19 de febrero de 1996, suscrito por el Director del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) y dirigido al doctor César Augusto Solanilla Chavarro, de cuyo texto se extraen los siguientes apartes²³:

“(...)

Por lo anterior, la carta fechada 26 de julio de 1995 con No. interno 2798 no puede tenerse como usted la califica de ‘ACEPTACION TOTAL DE LA OFERTA’ de su poderdante. Si usted lee el contenido de la misma alude exclusivamente a que la oferta de su poderdante [Marco Tulio Quiroga Mendieta] dirigida a los Entes Territoriales consulta las exigencias técnicas requeridas para los proyectos de inversión que se presenten ante la Entidad, e igualmente informa sobre la fecha en que vencía la oportunidad para que los Entes presentaran sus proyectos de inversión ante el FIS...

Obsérvese bien, que dicho documento por ninguna parte alude a aceptación del precio ofertado, elemento esencial para la aprobación de una oferta, tampoco a las demás condiciones contenidas en la oferta respecto de las obligaciones y derechos del oferente y ello no era posible porque el destinatario y beneficiario del Servicio de Asesoría Técnica no lo era el FIS, sino los Entes Territoriales, siendo de exclusiva competencia de los mismos, aceptar la oferta y trabar entre el oferente y el destinatario de la oferta, la correspondiente relación contractual...”

- Oficio No. 2222 del 14 de mayo de 1996, enviado por el Jefe de la Oficina Jurídica y el Director General de Fondo de Cofinanciación de la Inversión Social (FIS) al Señor Alcalde del Municipio de Mariquita (Tolima)²⁴.
- Oficio del 22 de noviembre de 1996, enviado por el Director de la Unidad Departamental Especializada de Cofinanciación del Tolima - UDECO - al señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, junto con el cual anexó 3 cuadros titulados “*listado de proyectos presentados que en las caratulas y/o fichas EBI presentan la leyenda*

²¹ Folio 262 y 264 del cuaderno de pruebas No. 2.

²² Folios 13 y 14 del cuaderno de pruebas No. 2.

²³ Folios 39 al 42 del cuaderno No. 1.

²⁴ Folios 37 y 38 del cuaderno No. 1.

de asesoramiento y gestión por parte del Dr. Marco Tulio Quiroga..."²⁵.

- Plantillas de nómina, relación de pagos y recibos de pago del señor Marco Tulio Quiroga Mendieta²⁶.
- Oficio del 18 de junio de 1997, enviado por el Director de la Unidad Departamental Especializada de Cofinanciación del Tolima – UDECO - al Ingeniero Marco Tulio Quiroga Mendieta, al cual adjuntó copia de las *“fichas EBI de los 45 proyectos que según relación adjunta asesoró [Marco Tulio Quiroga Mendieta] en su oportunidad”*²⁷.
- Comunicaciones dirigidas a la Unidad Departamental Especializada de Cofinanciación – UDECO –, por medio de las cuales el ingeniero Marco Tulio Quiroga Mendieta hizo entrega de los proyectos por él asesorados²⁸.
- Oficio del 2 de septiembre de 1999, enviado por el Director de Inversión Pública - UDECO - del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación del Tolima, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera²⁹.
- Documento Conpes No. 2791 aprobado el 21 de junio de 1995³⁰.
- Oficio No. 1038, enviado por el Director de Inversión Pública - UDECO - del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación del Tolima, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera³¹.
- Comunicación del 16 de septiembre de 1999, enviada por el Director del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, a la cual se anexaron convenios, un contrato y actas correspondientes a vínculos contractuales anteriores³².
- Oficio del 27 de febrero de 2001, enviado por el profesional universitario del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación del Tolima, junto

²⁵ Folios 1 al 7 del cuaderno No. 1.

²⁶ Folios 8 al 14, 186 al 208 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁷ Folios 15 al 185 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁸ Folios 209 al 261 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁹ Folio 1 del cuaderno de pruebas No. 3.

³⁰ Folios 66 al 91 del cuaderno de pruebas No. 3.

³¹ Folio 2 del cuaderno de pruebas No. 3.

³² Folios 1 al 78 del cuaderno de pruebas No. 3.

con el cual allegó la relación de unos proyectos³³.

2.2. Testimonios

-Obran las declaraciones rendidas por los señores Jesús Antonio Bejarano, Jorge Arturo González, Melba Jiménez Alvis, Xiomara Mildred Cruz, Freddy Alexander Ávila Guzmán y Clara Lucía Varón Castro³⁴.

2.3. Dictamen pericial

-Obra dictamen pericial solicitado por la parte demandante y la aclaración del mismo, con el fin de determinar el valor de los proyectos efectuados por el demandante, el valor de los honorarios, costos y gastos en que incurrió el demandante en la elaboración de los proyectos, cálculo de los intereses comerciales y moratorios, el *“valor presente de las sumas pagadas por el demandante desde la fecha en que cada una de ellas fue cancelada hasta la presentación del correspondiente dictamen”* y el *“valor presente del monto de los honorarios a los que tenía derecho el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta”*³⁵.

3. Caso concreto

La parte actora, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, solicitó la declaratoria de existencia del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) y el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, en virtud del cual, según adujo la parte actora, el señor en mención tenía el deber de asesorar a los municipios del departamento del Tolima en la formulación de proyectos de educación básica, dotación de casas de la cultura, entre otros y, en contraprestación, el Fondo se obligaba a pagarle el 4% sobre el valor del total de los proyectos aprobados por *“el Comité Técnico del FIS”*. Subsidiariamente pidió que se declare la responsabilidad precontractual del Fondo o en su defecto el enriquecimiento sin causa.

3.1. La declaratoria de existencia del contrato estatal

³³ Folios 149 al 152 del cuaderno de pruebas No. 3.

³⁴ Folio 57 del cuaderno de pruebas No. 1, folios 387 al 396 del cuaderno de pruebas No. 2 y 138 al 146 del cuaderno de pruebas No. 3.

³⁵ Folios 266 al 351 del cuaderno de pruebas No. 2.

Resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación³⁶, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado que, en la generalidad de los casos, su existencia depende y se acredita mediante el documento escrito que los contenga, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente se ha indicado que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado, la formalidad del escrito, según lo dispuesto en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba de esa manera. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento también ha sido exigida por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994.

Respecto de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales se ha pronunciado la Corporación en oportunidades anteriores. Así, en sentencia del 28 de septiembre de 2006, precisó el asunto en los términos que a continuación se transcriben:

“En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así:

“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.”

“De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato).

“Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla

³⁶ Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

“puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes”³⁷

“De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

“El Consejo de Estado en varias providencias,³⁸ al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

“(…)

“De conformidad con lo expuesto se tiene que:

“- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.

“- Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”, y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

“- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución”³⁹.

Aunado a lo expuesto anteriormente existe 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. Al respecto, la Corporación discurrió de la siguiente manera:

“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,

³⁷ Original de la sentencia en cita: *“Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág143.”*

³⁸ Original de la sentencia en cita: *“Al efecto pueden consultarse lo manifestado sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399”.*

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en 28 de septiembre de 2006. Radicación No. 73001-23-31-000-1997-05001-01. Referencia 15.307. Magistrado Ponente, Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

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 2000⁴⁰, 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”⁴¹.

En sentencia de 6 de abril de 2000⁴², cuyo supuesto fáctico se apoyó en que se suscribió contrato de interventoría pero no se perfeccionó, consideró:

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

”Si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴¹ 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.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12775, actor: Jaime D. Bateman Duran, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

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”.

(...)

“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)”.

3.2. Inexistencia del contrato de prestación de servicios al que alude la parte actora en la demanda

En el asunto que ahora se examina, el demandante pidió que se declare que entre él y el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) se celebró un contrato de prestación de servicios cuyo objeto consistía en asesorar a los municipios del departamento del Tolima en la formulación de proyectos de educación básica, dotación de casas de la cultura, entre otros y, en contraprestación el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) se obligaba a pagarle el 4% sobre el valor del total de los proyectos aprobados por la entidad.

Sea lo primero advertir que las comunicaciones del 25 y 26 de julio de 1995 que, según la parte actora, contienen la propuesta de prestación de servicios de asesoría técnica presentada por el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta y la supuesta aceptación de la oferta por parte del Fondo de Cofinanciación para Inversión Social (FIS), respectivamente, no obran en el expediente, por ende, a pesar de que la entidad demandada en la contestación afirmó que la comunicación del 26 de julio de 1995 existía, ante la ausencia de dicho documento no es posible establecer su contenido, habida cuenta de que hay discrepancia en lo que respecta al texto de la comunicación, al punto que la parte actora sostuvo que ese documento constituía la aceptación a la propuesta, mientras que la entidad demandada en el escrito de contestación negó que del contenido de la comunicación se pudiese concluir que el Fondo hubiere aceptado oferta alguna.

Sumado a lo anterior, observa la Sala que si bien en la demanda se transcribieron algunos apartes de las referidas comunicaciones, con esa sola información no es posible determinar que la comunicación del 26 de julio de 1995, fuese en efecto la respuesta del Fondo a la supuesta propuesta presentada por el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, la cual, tal como se señaló, tampoco reposa en el expediente.

Ha de concluirse, entonces, que contrario a lo expuesto por la parte actora, las comunicaciones en mención no podrán ser tenidas como pruebas para efecto de demostrar el supuesto vínculo contractual existente entre el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) y el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta, en tanto que, se reitera, no se encuentran en el expediente y, con la sola información que reposa en el proceso no es posible establecer su verdadero

contenido.

Precisado lo anterior, procederá la Sala a examinar si con el material probatorio allegado al proceso, es posible determinar la existencia del contrato de prestación de servicios al que alude la parte actora.

Antes que nada es fundamental resaltar que son de la esencia del contrato de prestación de servicio el que una parte se obligue a prestar un servicio y el que la otra se obligue a pagar una determinada remuneración como retribución por el servicio prestado, en ese sentido, la demostración de existencia de ese contrato implicará necesariamente que se acredite tanto la labor que se obligó una parte a realizar, como la remuneración que la otra parte habría de pagar por la actividad realizada.

Descendiendo al caso concreto, y de conformidad con los hechos probados, encuentra la Sala acreditado que, en efecto, el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta asesoró a diferentes municipios del departamento del Tolima en la formulación y elaboración de proyectos.

Se encuentra probado también que los Alcaldes de Ibagué y Cunday (Tolima) sometieron a consideración del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) un proyecto cada uno, con el fin de obtener la cofinanciación del Fondo para su ejecución, dejando la anotación de la falta de presupuesto con que contaban para poder pagar los honorarios del asesor Marco Tulio Quiroga Mendieta, razón por la cual le solicitaban al Fondo *“adjudicar el cuatro por ciento (4%) del valor del Proyecto para suplir los gastos de asesoría”*.

En esas condiciones, observa la Sala que si bien se encuentra acreditada la gestión del señor Marco Tulio Quiroga Mendieta consistente en asesorar en la formulación de proyectos a diferentes municipios del Tolima, no lo es menos que los beneficiarios de la labor por él realizada eran exclusivamente los municipios, los cuales una vez contaron con el proyecto lo sometieron a consideración del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) para así obtener la respectiva financiación.

A esa misma conclusión arriba la Sala luego de examinar la comunicación No. 000608 del 19 de febrero de 1996 suscrita por el Director del Fondo, en la cual se

aclara y precisa que el destinatario y beneficiario del servicio de asesoría técnica *“no lo era el FIS, sino los Entes Territoriales, siendo exclusiva competencia de los mismos, aceptar la oferta y trabar entre el oferente y el destinatario de la oferta, la correspondiente relación contractual”*.

Así las cosas, si bien se encuentra acreditada la asesoría que el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta les brindó a los diferentes municipios del departamento del Tolima en la formulación de proyectos, no lo es menos que no se logró demostrar que el señor Quiroga Mendieta y el Fondo hubiesen convenido en que aquel realizaría las actividades propias de asesoría y que éste se obligaba a pagar por esa labor.

En consecuencia, al no encontrarse acreditados los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios, de suerte que el demandante no logró demostrar el acuerdo entre él y el Fondo, respecto del objeto y la contraprestación, no habrá lugar a declarar la existencia del contrato que dice – la parte actora - haber celebrado con la entidad demandada y por consiguiente tampoco las obligaciones a cargo de la entidad, con lo cual resulta imposible verificar si hubo tal incumplimiento y si éste causó un daño.

Se reitera que el contrato estatal es solemne y la solemnidad la constituye que se encuentre por escrito y por ello la única prueba admisible de su celebración es el documento que lo contenga y, por ende, son impertinentes para este efecto los restantes medios probatorios con los cuales se pretenda su demostración, luego en este caso no son admisibles para tal efecto la declaración de parte, la confesión, los indicios, los principios de prueba por escrito ni los testimonios que acá se trajeron con tal propósito.

3.3. Primera petición subsidiaria

Revisado el contenido de la demanda, encuentra la Sala que la parte actora solicitó que, de manera subsidiaria, se declare la responsabilidad precontractual del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS). Como fundamento de ello, señaló que la entidad demandada debía entrar a responder por los perjuicios que le fueron causados, comoquiera que le hizo creer al señor Marco Tulio Quiroga Mendieta que le reconocería y pagaría honorarios por la asesoría prestada a los municipios del departamento del Tolima en la elaboración de

proyectos.

En el caso que ahora se examina, observa la Sala que no hay prueba de la manifestación del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) orientada a remunerar la labor de asesoría desarrollada por el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta en los diferentes municipios del departamento del Tolima, de ahí que en el presente asunto no se encuentra acreditado que las partes hubiesen convenido en las bases del contrato de prestación de servicios que originó el presente proceso, así como tampoco que la entidad demandada hubiere conocido, participado y menos aún alcanzado a ejecutar conductas que tuvieran inequívocamente por objeto la realización de dicho negocio jurídico.

Así pues, con fundamento en los medios probatorios con los que cuenta el proceso y a los que ya se hizo referencia, no es posible establecer que el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) se encontraba así fuese en una etapa de negociación con el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta de la cual pudiera derivarse algún tipo de responsabilidad en cabeza de la Administración. En el proceso sólo se encuentra probado que la parte actora asesoró en la elaboración de proyectos a los municipios del departamento del Tolima, pero de manera alguna que hubiese prestado sus servicios profesionales a la entidad aquí demandada: el FIS.

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que el Fondo debe entrar a responder, por cuanto le hizo creer al señor Marco Tulio Quiroga Mendieta que le reconocería honorarios por concepto de la asesoría, de suerte que, tal como se dejó visto, no existe prueba alguna que de cuenta de esa circunstancia.

3.4. Segunda petición subsidiaria - enriquecimiento sin causa -.

La parte solicitó que subsidiariamente se declare que el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) se enriqueció injustamente a costa del señor Marco Tulio Quiroga Mendieta.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación de jurisprudencia precisó la procedencia del *actio de in rem verso*, cuando no medie contrato alguno. En efecto, en la referida sentencia de unificación, la Sala discurrió

de la siguiente manera⁴³:

“(...)

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*

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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”.

Bajo esa óptica, es claro entonces que la Sección unificó su posición en torno a la pretensión del enriquecimiento sin justa causa, limitando a tres hipótesis, reseñadas en el numeral 12.2 de la providencia que se cita, la procedencia excepcional de la mencionada pretensión cuando el enriquecimiento injustificado que se invoca proviene de la ejecución de prestaciones que debían estar amparadas por la celebración de un contrato estatal pero a cuya ejecución se hubiere procedido con pretermisión de las exigencias y/o formalidades de carácter legal.

Establecido lo anterior, la Sala encuentra que en el presente caso no se configuró una sola de las causales que permitirían la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa; por el contrario, de las pruebas allegadas al proceso ni siquiera se pudo constatar la existencia de prestación alguna en favor de la entidad demandada, de suerte que el servicio que prestaba el señor Marco Tulio Quiroga Mendieta iba dirigido y beneficiaba de manera exclusiva a los municipios del departamento del Tolima.

Así las cosas, por las razones expuestas la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

4. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere 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 haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2002, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA