

**CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento / CONTRATO ESTATAL - Ejecución / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Elementos. Sustanciales. Formales / EJECUCION DEL CONTRATO - Requisitos / CONTRATO ESTATAL - Existencia / REGISTRO PRESUPUESTAL - Contrato. Evolución jurisprudencial**

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 produce 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). 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. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad 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. En sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución. Nota de Relatoria: Ver sobre REGISTRO PRESUPUESTAL REQUISITO DE EJECUCION: sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399; sobre REGISTRO PRESUPUESTAL REQUISITO DE PERFECCIONAMIENTO: sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, Actor: Sergio David Martínez.

**CONTRATO DE CONSULTORIA - Elementos / CONTRATO DE CONSULTORIA - Elementos esenciales / EJECUCION DEL CONTRATO - Certificado de registro presupuestal / EJECUCION DEL CONTRATO - Aprobación de garantías / CERTIFICADO DE REGISTRO PRESUPUESTAL - Ejecución del contrato / APROBACION DE GARANTIAS - Ejecución del contrato**

En el caso concreto la Sala advierte que la parte actora no probó los elementos esenciales de contrato de consultoría, como tampoco el cumplimiento de los requisitos que prevé la ley para que el mismo sea ejecutable. En efecto, no obra el texto escrito del contrato suscrito por el representante legal de la entidad, como tampoco la constancia de que hubiese certificado de registro presupuestal, ni la prueba de que el contratista hubiese constituido las garantías de cumplimiento, que las hubiese aportado a la entidad y menos aún que las mismas hubiesen sido

aprobadas por esta. El contrato de consultoría, es un típico contrato estatal, cuando es celebrado por una entidad pública y está regulado en el artículo 32. Cabe igualmente tener en cuenta que el precitado contrato, según lo previsto en la normatividad vigente e la época en que se alega se configuró el de consultoría, debe estar precedido de un trámite de contratación directa si es de menor cuantía y por un concurso público, cuando su valor supera la menor cuantía (art. 24.1, lit. d. ley 80 de 1993). Y en el caso concreto, como se alegó la existencia de un contrato por valor de \$35.000.000, debió probarse la realización del correspondiente concurso público, si se tiene en cuenta que este valor supera el que regía para esa época, para que el contrato fuese de menor cuantía. Advierte igualmente la Sala que se incumplieron los requisitos alusivos al perfeccionamiento del contrato, porque no obra prueba indicativa de que se produjo un “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” Menos aún que en este caso fuese procedente un contrato sin formalidades plenas, única modalidad en la que no es exigible la firma del particular contratista en el texto escrito del negocio. Finalmente la Sala precisa que tampoco obra medio de prueba demostrativo de que se cumplieron los requisitos que prevé la ley para que el contrato fuese ejecutable, cuales son el certificado de registro presupuestal y la aprobación de garantías.

#### **CONTRATO ESTATAL - Documento público / DOCUMENTO PUBLICO - Contrato estatal / COPIA SIMPLE - Valor probatorio**

El contrato estatal y demás documentos relacionados con la existencia de obligaciones derivadas de él, son documentos públicos, porque en su conformación interviene un funcionario público en ejercicio de su cargo (art. 251 C. P. C.) por tanto, la copia que de éstos se aporte al proceso está sometida a las condiciones legales señaladas, para que tenga el mismo valor del original y se repute auténtico (art. 254 C. de P. C.). En el caso concreto la parte actora trajo copias simples de los invocados documentos públicos, con lo cual incumplió las precitadas normas legales que condicionan la autenticidad de tales documentos a que se aporten en original o en copia auténtica. Nota de Relatoría: Ver autos del 27 de enero de 2000, exp.13103 y del 4 de mayo de 2000, exp. 17789; como también la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2002, expediente 19.593.

#### **TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Evolución jurisprudencial / ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Evolución jurisprudencial / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Ejecución de prestaciones sin contrato perfeccionado / CONTRATO NO PERFECCIONADO - Ejecución de obligaciones / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Título de imputación / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Naturaleza subsidiaria / ACCION IN REM VERSO - Subsidiaria**

Si bien es cierto que en varias providencias la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la teoría del enriquecimiento sin justa causa para resolver eventos como el que aquí se plantea, esto es, cuando un sujeto ejecuta una prestación a favor del Estado aunque el contrato no se haya perfeccionado, también lo es que en recientes pronunciamientos ha encontrado suficiente la aplicación de los fundamentos, supuestos y principios que edifican la responsabilidad patrimonial del Estado para solucionar estos litigios. Para aplicar la teoría del enriquecimiento sin justa causa, la Sala tradicionalmente consideró que, si la administración gozó del servicio de mantenimiento de equipos de oficina, recibió una obra artística o una obra material en una urbanización y no pagó el valor correspondiente, se enriqueció injustamente a costa del empobrecimiento correlativo del particular, lo que le imponía el deber de indemnizarlo. La Sala también ha resuelto litigios

derivados de la ejecución de un contrato no perfeccionado, desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual, en el entendido de que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio. Respecto del derecho que detenta el particular que ejecuta prestaciones cuando el contrato no está perfeccionado, el Consejo, en varias providencias, lo ha considerado como damnificado acreedor de la indemnización plena de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado. Lo expuesto permite señalar que la Sección Tercera también manejó la teoría del enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones, aunque subsidiaria. Cabe igualmente precisar que, en algunas providencias la Sala se apartó de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, en el entendido de que la misma “no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO.” En providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662, se retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa y en providencia del 7 de junio de 2007 se consideró que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones cuando, como en el presente caso, el contrato no está perfeccionado, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto. Se advirtió que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento del Estado. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 28 de enero de 1994; Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10.030; Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848; Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11099; CP: Dr. Daniel Suárez; sentencia del 10 de septiembre de 1992, Expediente 6822; Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662; Sentencia 14669; sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 14.669

### **EJECUCION DE PRESTACION SIN CONTRATO - Responsabilidad estatal / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Inexistencia. Contrato no perfeccionado**

Si bien es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual se impone el análisis del objeto y de las prestaciones del contrato, a efecto de determinar si la obligación que el demandante alega como incumplida está contenida en él; en el presente caso, dicho ejercicio no resulta procedente para acceder a las pretensiones formuladas, toda vez que, como se indicó, el alegado contrato no se perfeccionó y por ende, no produjo efectos. La situación analizada se debe resolver mediante el análisis de los elementos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado, sin perder de vista que en este caso, tanto la entidad como el particular, omitieron el cumplimiento de lo dispuesto en la ley para lograr el

perfeccionamiento del contrato y para que fuese ejecutable. Para deducir la responsabilidad que se demanda debe demostrarse i) el daño, consistente en la privación del pago del valor de lo ejecutado y ii) que el mismo es imputable a la entidad demandada, porque se produjo por su acción u omisión. Esta verificación también comprende el análisis del comportamiento del que se considera damnificado, con miras a definir si su comportamiento tuvo incidencia o no en la producción del daño, toda vez que dicha concurrencia podría definir, según su grado de influencia, la disminución del valor correspondiente a la indemnización, conforme lo prevé el Código Civil. Se precisa igualmente, que si se comprueba la existencia de los elementos que determinan la responsabilidad del Estado, debe declararse e imponerse la condena al pago de la indemnización de los perjuicios, en el entendido de que la fuente de esta obligación no es el contrato, pues como el mismo no se perfeccionó, no genera las obligaciones en él contenidas.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079)**

**Actor: SURAMERICANA DE DOTACIONES**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA y OTRO**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de abril de 1998, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Arauca y negó las súplicas de la demanda formuladas contra el Instituto de Salud Departamental.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La Demanda**

Fue presentada el 9 de diciembre de 1996, mediante apoderado y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, por la empresa SURAMERICANA DE DOTACIONES con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

### **1.1. Pretensiones**

*“1º Que se declare que entre el demandante y el demandado, ha existido un contrato estatal de consultoría o de prestación de servicios originado por la elaboración de un estudio técnico de las unidades integrales de saneamiento básico Rural del departamento de Arauca, por orden o aval expreso de ex secretario de Salud del Departamento JORGE ECHEVERRY PERICO, en la fecha y oportunidad requerida, de acuerdo con los hechos y pruebas allegadas en la demanda y las que se deben practicar en la oportunidad procesal debida.*

*2.- Que como consecuencia, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los dineros causados, por el injustificado incumplimiento, para que de allí surja la obligación ineludible de hacerlo en el menor tiempo, bajo los siguientes conceptos:*

*a) Valor de la suma adeudada, la cual se discriminará en forma concreta más adelante.*

*b) Valor de la actualización de las sumas netas que se deben, de acuerdo con el sistema, criterios y procedimientos que actualmente mantiene el Consejo de Estado, sobre corrección monetaria , o un sistema más óptimo que por lo menos compense la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por el lapso comprendido entre el incumplimiento y la fecha probable del pago, o en su defecto por medio de otro procedimiento técnico - financiero que restablezca en forma efectiva el equilibrio económico contractual.*

*c) El valor del lucro cesante, de la suma de dinero actualizada, de conformidad con el literal anterior, por el espacio de tiempo comprendido entre la fecha en que se causó la obligación a cargo del DEPARTAMENTO DE ARAUCA y EL INSTITUTO DE SALUD DEPARTAMENTAL, anteriormente denominado SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL y el pago efectivo.*

*En el evento en que este no pudiere establecerse probatoriamente, se compense con los intereses fijados por las regulaciones que trae la ley 80 del 93, en forma proporcional por meses, aplicando la tasa del interés a la cantidad actualizada, entre la fecha en que debieron pagarse las cuentas y la del pago efectivo.*

*3. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos que aparecen estipulados en el C.C.A., De no ser así, que se condene al demandado a pagar intereses moratorios, de acuerdo al interés corriente doblado, sobre la suma debida, a partir del momento en que se produzca la mora.*

#### *B. Pretensiones Subsidiarias.*

*1.- A la primera y segunda principales:*

*Que el Departamento de Arauca y el Instituto Departamental de Salud de Arauca, antes Secretaría Departamental de Salud, es responsable de los daños sufridos por la parte actora, por su conducta omisiva, al no haber efectuado el trámite para su pago respectivo, a partir de la última acta de entrega en el almacén de la secretaría de salud.*

*2. A la primera y segunda principales y segunda subsidiaria:*

*Que el departamento de Arauca y el Instituto Departamental de Salud de Arauca, actualmente Secretaría de Salud Departamental, es responsable de los perjuicios causados al demandante, por no haber cancelado en la oportunidad debida las cuentas reclamadas, al vencimiento de la relación obligacional, acreditadas documentalmente, de acuerdo al proveído de la pretensión principal.*

*3.- A las dos primeras peticiones principales y a las dos subsidiarias anteriores:*

*Que el Departamento de Arauca y el Instituto de Salud Departamental de Arauca, actualmente Secretaría de Salud Departamental se enriqueció, sin justificación o causa legal alguna, a expensas del exiguo patrimonio del demandante, al aprovechar por razón de su investidura pública, la realización de un estudio técnico de las unidades integrales sanitarias del programa de saneamiento básico rural del Departamento de Arauca, a favor de las personas o entidades que este previamente señalaba, por lo que correlativamente el demandante se ha empobrecido en forma por demás injusta.*

*4.- Que por lo anterior se debe condenar a la parte demandada a rembolsar a mi mandante, el valor actualizado del estudio técnico que de manera*

*oportuna y efectivamente se llevó a cabo, lo cual configura una obligación económica a cargo del demandado.” (fols. 1 a 5 c. ppal).*

## **1.2 Hechos**

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

1.2.1 El 13 de diciembre de 1995, el ex Secretario de Salud del Departamento de Arauca, le solicitó a Suramericana de Dotaciones, una cotización para la elaboración de un estudio técnico sobre la construcción y dotación de unidades integrales sanitarias. El 10 de enero de 1996, la firma antedicha remitió la cotización del estudio técnico y otras especificaciones, por la suma de \$35.000.000.

1.2.2 Con fundamento en esa cotización, el Secretario Departamental de Salud le solicitó a Suramericana de Dotaciones, la elaboración del estudio técnico, el cual fue recibido a satisfacción por el aludido funcionario.

1.2.3 Mientras que la firma demandante presentó oportunamente el estudio técnico, el compromiso de pago de la suma que adeuda la Entidad demandada por concepto de capital, no ha sido cancelada, situación que afecta de manera considerable a Sudamericana de Dotaciones.

1.2.4 El demandante ha efectuado numerosos intentos para que la Secretaría de Salud del Departamento de Arauca, actualmente Instituto Departamental de Salud, le pague lo adeudado, sin lograrlo. Se intentó conciliar pero los representantes de las entidades demandadas se negaron a llegar a algún acuerdo. (fols. 5- 7 c. ppal).

## **2. Actuación procesal en primera instancia.**

2.1. El Tribunal Administrativo de Arauca, admitió la demanda mediante auto del 23 de enero de 1997, el cual fue notificado al Departamento de Arauca el 5 de febrero de 1997 y al Instituto Departamental de Salud de Arauca el día siguiente (fols. 86, 87, 91 y 92 c. ppal).

2.2. El Instituto Departamental de Salud contestó la demanda en la oportunidad legal mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones, manifestó constarle unos hechos, negó la ocurrencia de otros y aclaró los restantes.

Explicó que no tiene relación contractual alguna con Suramericana de Dotaciones, ya que de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993, no se reunieron los requisitos previos a la celebración del contrato, ni los exigidos para su perfeccionamiento.

Afirmó que no pudo haberse celebrado un contrato de consultoría entre esa Entidad y el demandante toda vez que en 1995, la competencia del Secretario de Salud para suscribir contratos, con fundamento en el Decreto 956 del 19 de septiembre de 1995 - *por el cual el Gobernador del Departamento de Arauca* - delegó al entonces secretario capacidad de contratación, era respecto de los que tuvieran un valor igual o inferior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cifra inferior al valor del presunto contrato.

Dijo que cualquier relación contractual en la que se supere ese monto, es inválida por rebozar los marcos de su competencia, *“pues el artículo 40 de la ley 80 de 1993, dispone que todo contrato estatal debe surtirse de un contenido donde se expresen las condiciones de ejecución, el objeto de acuerdo con los fines que se propone la administración, con acato a la constitución, la ley, el orden público y a la buena administración; en ejercicio y cumplimiento de los principios de las acciones contractuales de las entidades estatales como el de transparencia, que hace imperativo reunir formalidades plenas para los contratos como el que se pretende hacer valer”*.

Finalmente, propuso como excepciones la inexistencia de la relación contractual y, en consecuencia, la ausencia de obligación por parte del Instituto Departamental de Salud (fols. 94 a 99 c. ppal).

2.3. El Departamento de Arauca, contestó en tiempo la demanda, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones, dijo que no son ciertos algunos hechos y manifestó que deben probarse los restantes.

Propuso como excepciones la falta de legitimación pasiva y la inexistencia de la obligación.

Fundó la primera en la ausencia de causa legal para demandar al Departamento porque a esa Entidad no le es imputable el incumplimiento del contrato, ni el enriquecimiento sin causa. Dijo que tampoco existe solidaridad entre el Departamento y los que presuntamente causaron el perjuicio; agregó que, a partir de la ordenanza N° 11 de 1996, mediante la cual se creó el Instituto Departamental de Salud -IDESA-, ese organismo asumió las obligaciones y derechos del Servicio Seccional de Salud y de la Secretaría de Salud.

En cuanto a la segunda de las excepciones propuestas, sostuvo que no existe prueba que acredite la existencia de alguna obligación a su cargo (fols. 103 a 106 c. ppal).

### **3. Sentencia apelada**

El Tribunal declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del departamento de Arauca y negó las pretensiones principales y subsidiarias formuladas respecto del Instituto Departamental de Salud IDESA.

Consideró no demostrada la existencia del contrato de consultoría; afirmó que *“si bien existen unas documentales sobre solicitud de cotización, la cotización respectiva, la solicitud de elaborar el estudio técnico y la constancia del recibo del mismo estudios (folios 16 a 18), el funcionario que actuó a nombre de la entidad lo hizo por fuera de su competencia, no se probó que el trámite correspondía a un contrato sin formalidades plenas y tampoco se respetó (sic) los requisitos mínimos de la contratación directa.”*

Al efecto precisó que el Gobernador del Departamento delegó en el Secretario de Salud Departamental, la contratación de menor cuantía o sin formalidades plenas, en tanto que el contrato por cuya declaratoria de existencia se demanda, supera el monto previsto en la ley 80 de 1993, esto es, 100 salarios mínimos legales de la época. Advirtió que como el presunto contrato data de enero de 1996 y para entonces el salario mínimo legal correspondía a \$172.005, el monto máximo por el que podía contratar dicho Secretario era de \$17'200.500. Como en el caso concreto el valor del pretendido contrato fue de \$35.000.000,

cabe deducir *“que el Secretario de Salud Departamental, para la época de los hechos, no estaba facultado para celebrar, aún respetando las disposiciones legales, un contrato de consultoría por el valor de \$35'000.000.”*

Explicó también que el supuesto contrato de consultoría no estuvo precedido de la licitación pública que prevé la ley y que las partes no probaron encontrarse en los eventos de excepción a dicho procedimiento de selección. Preciso que de ser admisible la contratación directa en este evento, los trámites y principios previstos para surtirla, tampoco se cumplieron.

Adujo además que el actor no probó los elementos que permiten configurar el enriquecimiento sin justa causa, porque no basta *“con demostrar que se realizó un determinado estudio y que el mismo fue recibido por la administración, sino que por el contrario en demostrar además que dicho estudio enriqueció a la parte demandada, empobreció correlativamente a la parte actora y que no existe una causa que justifique dicha situación. En el caso concreto la parte actora anexó unos documentos tendientes a demostrar la existencia de un contrato estatal; pero en relación con la pretensión subsidiaria del enriquecimiento sin causa no obran medios probatorios diferentes a los ya indicados.”*

Agregó:

*“Para la Sala estas documentales que obran en el expediente no conllevan la prueba que (sic) efectivamente se presentó un enriquecimiento por parte de la entidad demandada (...).*

*En gracia de discusión, tampoco demostró la parte actora que efectivamente la suma de dinero que contiene el escrito de cotización, fue la que efectivamente invirtió para realizar el indicado estudio y así probar su propio empobrecimiento; se reitera que la carga de la prueba compete a la parte actora y no a la parte demandada, por cuanto tal supuesto no se está analizando bajo la concepción de la acción contractual, sino bajo la concepción del enriquecimiento sin causa.*

*Por último y tal como se señaló al analizar las pretensiones principales, no es admisible para la Sala que las partes ante su comportamiento irregular se*

*fundamenten en el mismo; desconozcan todo el marco contractual y lógicamente, ante la imposibilidad de obtener una declaratoria de existencia del contrato, opten por la noción de enriquecimiento sin causa y pretendan la prosperidad de este último con el simple aporte de unos documentos que no reflejan ninguno de los elementos necesarios que caracterizan la institución del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.” (fols. 172 a 200 c. ppal).*

#### **4. Recurso de Apelación**

Fue interpuesto por la parte actora, con el objeto de que se revoque la sentencia y, en su lugar, se declare la existencia y el incumplimiento del contrato de consultoría.

Adujo que en la relación negocial “*celebrada*” entre las partes se presentaron todos los elementos para que se formara un negocio jurídico considerado como tal. “*De esa manera observamos que se han presentado negociaciones preliminares, la oferta respectiva, y el acuerdo contractual o negocial que culminó con esa relación interpartes.*”

Luego de señalar que los sujetos en la contratación, están sometidos a la carga de legalidad, precisó que IDESA no definió un trámite específico para escoger su contratista; afirmó que se sometió a los deberes de lealtad y corrección; que obró de buena fe respecto del compromiso asumido con la entidad pública y que no se violó la carga de sagacidad y advertencia, porque “*dentro del acuerdo negocial o contractual existió la mayor claridad entre las partes.*”, particularmente respecto de “*la intención, interés y necesidad que le atañe a las partes contratantes.*”

Solicitó acoger el concepto emitido por el Procurador Delegado ante el Tribunal, en el que solicitó acceder a las súplicas de la demanda, en consideración a que si bien no existe contrato perfeccionado, está probado que el servicio de consultoría se prestó y fue recibido a satisfacción por la Administración.

Además precisó que IDESA en anteriores oportunidades ha realizado conciliaciones prejudiciales y judiciales en las que ha reconocido obligaciones a su cargo por la ejecución de prestación en idénticas condiciones a las aquí demostradas.

También adujo que, so pretexto del no cumplimiento de los formalismos contractuales de ley, no es dable patrocinar el desconocimiento de la labor que realizó en beneficio de la entidad. Señala que no es procedente cuestionar su procedimiento con el argumento de que *“no se pueden avalar comportamientos irregulares de las partes en materia de contratación, donde se desconoce todo el marco jurídico normativo aplicable a esta clase de situaciones. Ante lo cual debo manifestar que su posición teórica es cierta, pero que en efectos prácticos para el caso de IDESA, merece otras motivaciones, ya que en infinidad de demandas que particulares incautos han instaurado en contra de esa entidad, se ha presentado esas características irregulares de contratación.”*

Respecto de la falta de prueba de los elementos del enriquecimiento sin causa alegó que el Tribunal bien pudo ordenar y practicar pruebas de oficio conforme lo prevé, entre otros, el artículo 169 del CCA, pues *“la jurisprudencia ha salido en protección de este precepto no solo para evitar fallos que se consideran injustos e inequitativos, sino también para buscar que los juzgadores ad quem se atiborren de tramitación de recursos defensivos por esos mismos aspectos.”*

## **5. Actuación en segunda instancia.**

5.1 El recurso de apelación se admitió mediante providencia del 31 de julio de 1998 y por auto del 2 de octubre siguiente, se dispuso el traslado para alegar de conclusión. En esta oportunidad, tanto las partes como el Ministerio Público, guardaron silencio (fols. 238 y 242 c. ppal).

5.2. La parte actora presentó escrito con el cual aportó una transacción que celebró con el Instituto Departamental de Salud - IDESA-, con el propósito de terminar el proceso en los términos del acuerdo en el cual la Entidad demandada se comprometió a pagarle a la parte actora la suma de \$50.000.000 (fols. 246 a 156 c. ppal).

5.3. Mediante providencia del 18 de marzo de 1999 proferida por la Sala se improbió la transacción suscrita entre las partes con fundamento en que *“en el contrato de transacción apenas se convino sobre el monto de unas ‘prestaciones recíprocas’, cuyo fundamento no se precisó en el contrato. No es posible que so pretexto de transigir se definan las pautas meramente económicas o secundarias del pleito, dejando de lado lo fundamental, esto es la causa de la prestación que el Instituto de Salud Departamental de Arauca convino pagaría al actor”* (fols. 246 a 256 y 257 a 264 c. ppal)

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que formuló la parte actora, en juicio de dos instancias<sup>1</sup>, con el objeto de que se revoque la sentencia desestimatoria de las pretensiones que adoptó el Tribunal *a quo*.

La parte actora impugnó la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda. Al efecto afirmó que, no obstante estar probada la existencia del contrato, el Tribunal se abstuvo de declararla, como también que los elementos del enriquecimiento sin causa están debidamente acreditados y que, en el evento, de que las pruebas no fuesen suficientes el Tribunal debió utilizar los poderes de dirección del proceso que le permiten decretar pruebas de oficio.

A efecto de resolver las cuestiones planteadas, la Sala analizará lo relativo a: *i)* la existencia y ejecución del contrato estatal y *ii)* los elementos que condicionan la aplicación del enriquecimiento sin justa causa como fuente de las obligaciones.

---

<sup>1</sup> La pretensión mayor se formuló por concepto de daño emergente que corresponde al valor que el demandante reclama por la elaboración de un estudio técnico de \$35.000.000, suma que supera la exigida a la fecha de presentación de la demanda, 9 de diciembre de 1996, para que un proceso promovido en ejercicio de la acción de controversias contractuales sea de mayor cuantía, esto es, \$13.460.000.

## 1. Consideración previa

La parte actora invocó expresamente el ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuyo texto, para la época de la presentación de la demanda, era el siguiente:

*“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones...”.*

Mediante el análisis de la anterior disposición, la Sala, reitera lo expuesto en anteriores oportunidades<sup>2</sup> y advierte que la acción de controversias contractuales es procedente para demandar la responsabilidad del Estado fundada en la existencia de daños causados a quien se considera titular de una relación precontractual o contractual con el Estado. Comporta entonces variadas pretensiones, algunas de las cuales no suponen la prueba previa de la condición de parte del contrato, como sucede con la demanda que tiene por objeto la nulidad de los actos proferidos durante la etapa precontractual, la declaratoria de existencia del contrato y las que se ejerciten para *“que se hagan otras declaraciones y condenas”*.

Si bien es cierto que en el primer inciso de la norma se afirma que *“cualquiera de las partes del contrato podrá pedir que se declare su existencia”*, de los otros incisos de la norma se deduce que hay eventos pre y post contractuales, lo que permite afirmar que están legitimados para ejercitarla, todos los sujetos que aún no son parte de un contrato estatal o que ya dejaron de serlo.

---

<sup>2</sup> Sentencias del 4 de marzo de 1991. Exp. 5.825 y del 7 de junio de 2007, expediente 14669.

En el caso concreto la Sala considera que la acción ejercitada es la de controversias contractuales, porque el demandante expresamente la invocó y la sustentó en su demanda con el objeto de que se declare la existencia del contrato y el incumplimiento del mismo por la entidad pública.

## **2. Lo probado**

La Sala precisa que algunos documentos fueron aportados en copia simple y otros en original pero sin constancia de recibo por la entidad<sup>3</sup>, por esta razón se abstendrá de tener por probados los hechos que en estos se fundamentaron. Así analizadas las pruebas que si fueron legal y oportunamente allegadas al proceso, considera acreditados los siguientes hechos:

.- Suramericana de Dotaciones, es un establecimiento de comercio inscrito en la Cámara de Comercio de Arauca con la matrícula N° 9356 del 18 de septiembre de 1995, cuyo propietario es el señor Jorge Enrique Torres Rojas (Certificado de matrícula de persona natural, expedido el 17 de octubre de 1996 por la Cámara de Comercio de Arauca; fols. 20 y 21 c.3).

.- El 28 de noviembre de 1995 la División Contabilidad Presupuestal y del Tesoro de la Secretaría General de la República le informó al Secretario Departamental de Salud - Arauca que: *“en razón a la reestructuración del Servicio Seccional de Salud, en lo sucesivo debe abstenerse de rendir a esta dependencia la información contable. Para el futuro, respecto de la rendición de información debe coordinar con el Departamento las acciones a seguir.”* (Documento auténtico, fol. 98).

.- El 13 de diciembre de 1995, el Secretario de Salud Departamental envió un escrito al Gerente de Suramericana de Dotaciones en el cual le solicitó una cotización por la elaboración de un estudio técnico para la construcción y dotación de unidades integrales sanitarias que serían instaladas en el área rural del Departamento (Documento auténtico fols. 51 y 100 c.3).

---

<sup>3</sup> Documentos sin constancia de recibo y no relacionados dentro de los que aportó la entidad a fols. 52 y 54 c.3.

.- El 10 de enero de 1996, el Gerente de Suramericana de Dotaciones, manifestó en documento dirigido al Secretario de Salud Departamental, que el estudio requerido se realizaría en un plazo de 90 días y que dada la calidad del mismo su costo era de \$35.000.000 (Documento auténtico; fol. 104. c. 3)

.- En el cuaderno 4 del expediente obra el estudio técnico sobre las Unidades Integrales Sanitarias que aportó la firma demandante a este proceso.

.- El 30 de abril de 1996, el Secretario de Salud Departamental expidió una constancia en la que manifestó que el Gerente de la Empresa Suramericana de Dotaciones hizo entrega del estudio técnico, el cual recibió a entera satisfacción (Documento original, fol. 55 c.3).

.- Mediante la ordenanza N° 11 del 6 de mayo de 1996, la Asamblea Departamental de Arauca creó y estructuró el Instituto Departamental de Salud de Arauca (IDESA) a cuya planta incorporó el personal que se desempeñaba en la Secretaría de Salud del Departamento (fols. 12 a 40 c. 3).

.- El 20 de mayo de 1997, el Tribunal de instancia, recibió declaración del señor Jorge Enrique Torres Rojas, gerente de Suramericana de Dotaciones, quien afirmó ser técnico industrial de profesión.

Manifestó que luego de que visitó la Secretaría de Salud para ofrecer sus servicios y de que presentó una cotización a solicitud de la Entidad, esta le pidió que elaborara un estudio técnico de las unidades sanitarias, el cual fue recibido a satisfacción. Dijo que en su calidad de administrador y prestador de un servicio, desconoce los temas jurídicos, por lo que consideró que con el oficio mediante el cual la secretaría de Salud lo instó para elaborar el estudio técnico, bastaba para iniciar la relación contractual.

Respecto de las condiciones que se acordaron para la realización de ese estudio, sostuvo que *“era un estudio complejo y necesitaba la ayuda de otros profesionales como lo fueron los profesores de la Universidad la Gran Colombia, en lo que se refiere al precio o valor del estudio en el oficio que yo le remito le expongo que el valor del estudio a realizar era de treinta y cinco millones de pesos”*, valor que fue aceptado por el Secretario de Salud.

Al preguntársele en que consistió el presunto enriquecimiento de las entidades demandadas, dijo:

*“pues yo pienso que la Secretaría de Salud Departamental como lo dice la Constitución de la República está para servir la parte medico científica, si leemos este estudio y lo vemos al aplicarse esto acá en el Departamento veríamos la cantidad de recursos que se ahorra el Departamento en lo que corresponde a salud y en el país en general, las enfermedades que se erradicarían en el departamento, todo esto debido a que esas personas no tiene (sic) ni tan siquiera un baño adecuado para sus necesidades siquiera, yo creo que se estaría ahorrando el país enormes cantidades de dinero en salud si se diera cumplimiento a ese proyecto” (fols. 42 a 45 c. 3)*

.- El 28 de julio de 1997 el auxiliar de servicios generales del Instituto Departamental de Salud relacionó los oficios existentes en el archivo de jefatura, mediante la indicación de la fecha y de su estado de valoración. Ninguno de ellos fue dirigido a Suramericana de Dotaciones (fols. 58 a 60 c. 3).

### **3. La existencia y ejecución del contrato**

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 produce 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).

El Consejo de Estado en varias providencias<sup>4</sup> 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.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000<sup>5</sup>, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “*perfeccionamiento*” del contrato estatal, de conformidad 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.

En sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307<sup>6</sup>, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “*perfeccionamiento*”, porque es un requisito necesario para su ejecución.

#### **4. El contrato que se alega en el caso concreto**

En el caso concreto la Sala advierte que la parte actora no probó los elementos esenciales de contrato de consultoría, como tampoco el cumplimiento de los requisitos que prevé la ley para que el mismo sea ejecutable.

En efecto, no obra el texto escrito del contrato suscrito por el representante legal de la entidad, como tampoco la constancia de que hubiese certificado de

---

<sup>4</sup> Al efecto puede consultarse lo manifestado en sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 expediente 10399.

<sup>5</sup> Expediente 14935.

<sup>6</sup> Actor: Sergio David Martínez.

registro presupuestal, ni la prueba de que el contratista hubiese constituido las garantías de cumplimiento, que las hubiese aportado a la entidad y menos aún que las mismas hubiesen sido aprobadas por esta.

El contrato de consultoría, es un típico contrato estatal, cuando es celebrado por una entidad pública y está regulado en el artículo 32 así:

**“2o. Contrato de Consultoría.**

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*

*Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato. “*

Cabe igualmente tener en cuenta que el precitado contrato, según lo previsto en la normatividad vigente e la época en que se alega se configuró el de consultoría, debe estar precedido de un trámite de contratación directa si es de menor cuantía y por un concurso público, cuando su valor supera la menor cuantía (art. 24.1, lit. d. ley 80 de 1993). Y en el caso concreto, como se alegó la existencia de un contrato por valor de \$35.000.000, debió probarse la realización del correspondiente concurso público, si se tiene en cuenta que este valor supera el que regía para esa época, para que el contrato fuese de menor cuantía.

En efecto, como bien lo explicó el Tribunal la menor cuantía se reguló en la ley 80 de 1993 para contratos cuyo valor no exceda de 100 salarios mínimos

legales. Y como en el caso concreto se alegó que el contrato se perfeccionó en enero de 1996, en consideración a que para entonces el salario mínimo legal correspondía a \$172.005, cabe concluir que el monto máximo por el que procedía una contratación directa era de de \$17'200.500.

Advierte igualmente la Sala que se incumplieron los requisitos alusivos al perfeccionamiento del contrato, porque no obra prueba indicativa de que se produjo un *“acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”* Menos aún que en este caso fuese procedente un contrato sin formalidades plenas, única modalidad<sup>7</sup> en la que no es exigible la firma del particular contratista en el texto escrito del negocio.

Los documentos con los que se pretendió probar que la entidad acordó la entrega de los trabajos a través del representante legal de la entidad o de su delegado, obran en copia simple y, por ende, no son legalmente aptos para demostrar estos requisitos esenciales del contrato.

El Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 168 del C.C.A., establece que los documentos deben ser aportados al proceso en original o en copia (art. 253) y que ésta tiene el mismo valor probatorio del original en los siguientes eventos:

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

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

*3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de una inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.” (art. 254 C. de P. C.; subrayas fuera del texto).*

---

<sup>7</sup> En vigencia de la ley 80 de 1993, porque a partir de la ley 1150 de 2007 es un contrato con formalidades plenas al que se llega a través del mecanismo de la contratación directa.

El contrato estatal y demás documentos relacionados con la existencia de obligaciones derivadas de él, son documentos públicos, porque en su conformación interviene un funcionario público en ejercicio de su cargo (art. 251 C. P. C.) por tanto, la copia que de éstos se aporte al proceso está sometida a las condiciones legales señaladas, para que tenga el mismo valor del original y se repute auténtico (art. 254 C. de P. C.)<sup>8</sup>

En el caso concreto la parte actora trajo copias simples de los invocados documentos públicos<sup>9</sup>, con lo cual incumplió las precitadas normas legales que condicionan la autenticidad de tales documentos a que se aporten en original o en copia auténtica.

Finalmente la Sala precisa que tampoco obra medio de prueba demostrativo de que se cumplieron los requisitos que prevé la ley para que el contrato fuese ejecutable, cuales son el certificado de registro presupuestal y la aprobación de garantías.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones formuladas con el objeto de que se declarara la existencia del contrato y su incumplimiento.

#### **5. Improcedencia del enriquecimiento sin justa causa como fuente de la obligación de pagar el valor de lo ejecutado sin contrato**

El actor formuló pretensiones subsidiarias para que, de negarse la existencia del contrato, se definiera la aplicación del enriquecimiento sin justa causa como fuente de la obligación de pagar el valor de las prestaciones que el actor afirma ejecutadas.

Al respecto la Sala precisa que el presente litigio debe analizarse a la luz de los elementos que definen la responsabilidad patrimonial del Estado, por el

---

<sup>8</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sala en abundante providencias; a manera de ejemplo pueden consultarse los autos del 27 de enero de 2000, exp.13103 y del 4 de mayo de 2000, exp. 17789; como también la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2002, expediente 19.593.

<sup>9</sup> Decreto N° 956 del 19 de septiembre de 1995 expedido por el Gobernador de Arauca.

alegado incumplimiento que se puede deducir de la prueba de que requirió o permitió la ejecución de prestaciones sin un contrato perfeccionado.

Advierte además que, si bien es cierto que en varias providencias la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la teoría del enriquecimiento sin justa causa para resolver eventos como el que aquí se plantea, esto es, cuando un sujeto ejecuta una prestación a favor del Estado aunque el contrato no se haya perfeccionado, también lo es que en recientes pronunciamientos ha encontrado suficiente la aplicación de los fundamentos, supuestos y principios que edifican la responsabilidad patrimonial del Estado para solucionar estos litigios.

Para aplicar la teoría del enriquecimiento sin justa causa, la Sala tradicionalmente consideró que, si la administración gozó del servicio de mantenimiento de equipos de oficina<sup>10</sup>, recibió una obra artística<sup>11</sup> o una obra material en una urbanización<sup>12</sup> y no pagó el valor correspondiente, se enriqueció injustamente a costa del empobrecimiento correlativo del particular, lo que le imponía el deber de indemnizarlo.

En algunos eventos, utilizó dicha figura para considerar configurada la responsabilidad del Estado<sup>13</sup> y procedente el *“reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”*<sup>14</sup>

En no pocos casos, realizó un análisis de los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado, para deducir la imputación del daño consistente en la privación del pago de lo ejecutado, por la violación del principio de buena fe, como ocurrió en sentencia proferida el 10 de septiembre de 1992<sup>15</sup>, con fundamento en una cita del profesor Karl Larenz,<sup>16</sup> la Corporación afirmó que *“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 1994.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10.030

<sup>13</sup> Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848.

<sup>14</sup> Sentencia proferida el 29 de enero de 1998, expediente 11099; CP: Dr. Daniel Suárez

<sup>15</sup> Expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A.;CP Dr. Julio César Uribe Acosta.

<sup>16</sup> Derecho Justo, Fundamentos de Etica Jurídica; Ed. Civitas, Págs. 90 y s.s

*hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica.”* Como también en sentencia proferida en abril de 1999, en el entendido de que la aplicación de principio de buena fe de que trata el artículo 83 de la Constitución, ha indicado que del mismo surge para la administración la obligación *“de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, precisamente con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado”* porque de acuerdo con dicho precepto *“la buena fe se presume y los particulares y autoridades públicas deben ceñirse a dichos postulados.”*<sup>17</sup>

La Sala también ha resuelto litigios derivados de la ejecución de un contrato no perfeccionado, desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual, en el entendido de que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el *iter negocial* y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio. Así, en sentencia proferida el 29 de enero de 1998, dijo la Sala:

*“... teniendo presente que la entidad demandada entró en tratos preliminares con miras a la celebración de un negocio jurídico, no puede predicarse que se sustraiga de aquellos deberes de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico en ejercicio de la autonomía privada, así se trate de una entidad distrital, como es el caso del presente proceso, y en ese entendimiento para la Sala resulta claro del análisis probatorio verificado que la entidad demandada incurrió en una manifiesta reticencia por decirlo menos, al haber inducido y patrocinado con su comportamiento que el actor siguiese en función de la ejecución del negocio, sin advertir - carga de advertencia - que era necesario contar con tiempo prudencial para la observancia de los requisitos que exigía el perfeccionamiento del contrato...”*

Respecto del derecho que detenta el particular que ejecuta prestaciones cuando el contrato no está perfeccionado, el Consejo, en varias providencias, lo ha considerado como *damnificado* acreedor de la indemnización plena de los

---

<sup>17</sup> Sentencia 11099 citada.

perjuicios materiales, *daño emergente y lucro cesante*, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado.<sup>18</sup>

Lo expuesto permite señalar que la Sección Tercera también manejó la teoría del enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones, aunque subsidiaria.

Cabe igualmente precisar que, en algunas providencias la Sala se apartó de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, en el entendido de que la misma *“no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO.”*<sup>19</sup>

En providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662<sup>20</sup>, se retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa y en providencia del 7 de junio de 2007<sup>21</sup> se consideró que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones cuando, como en el presente caso, el contrato no está perfeccionado, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.

Se advirtió que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional<sup>22</sup>, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente

---

<sup>18</sup> Sentencia 11099 citada.

<sup>19</sup> Sentencia proferida el 11 de octubre de 1991.

<sup>20</sup> Al improbar una conciliación judicial que tenía por objeto el pago a un particular del valor correspondiente a prestaciones ejecutadas cuando el contrato estaba terminado, luego de haber sido prorrogado varias veces, la Sala consideró que la especialidad de las normas que rigen la formación y ejecución del contrato estatal impiden la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa para definir las obligaciones que le cabrían a la entidad pública, que dispone y acepta las prestaciones ejecutadas por un particular, cuando el contrato no se ha configurado o está terminado.

<sup>21</sup> Sentencia 14669

<sup>22</sup> Ver, entre otras, sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento del Estado. Explicó la Sala:

*“La aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa, para resolver situaciones como las señaladas, ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que ‘el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica’; que ‘mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa’ y que ‘el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia’.*

*Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios.*

*De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.*

*También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará.*

*En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los*

*requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.”<sup>23</sup>*

## **7. La responsabilidad de la demandada en el presente caso**

Con fundamento en lo expuesto precedentemente la Sala procede a verificar la prueba de los elementos que determinan la responsabilidad del Estado por el daño derivado de la ejecución de prestación sin contrato.

Si bien es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual se impone el análisis del objeto y de las prestaciones del contrato, a efecto de determinar si la obligación que el demandante alega como incumplida está contenida en él; en el presente caso, dicho ejercicio no resulta procedente para acceder a las pretensiones formuladas, toda vez que, como se indicó, el alegado contrato no se perfeccionó y por ende, no produjo efectos.

La situación analizada se debe resolver mediante el análisis de los elementos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado, sin perder de vista que en este caso, tanto la entidad como el particular, omitieron el cumplimiento de lo dispuesto en la ley para lograr el perfeccionamiento del contrato y para que fuese ejecutable.

Para deducir la responsabilidad que se demanda debe demostrarse *i)* el **daño**, consistente en la privación del pago del valor de lo ejecutado y *ii)* que el mismo es **imputable** a la entidad demandada, porque se produjo por su acción u omisión. Esta verificación también comprende el análisis del comportamiento del que se considera *damnificado*, con miras a definir si su comportamiento tuvo incidencia o no en la producción del daño, toda vez que dicha concurrencia podría

---

<sup>23</sup> Expediente 14.669, actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO.

definir, según su grado de influencia, la disminución del valor correspondiente a la indemnización, conforme lo prevé el Código Civil.<sup>24</sup>

Se precisa igualmente, que si se comprueba la existencia de los elementos que determinan la responsabilidad del Estado, debe declararse e imponerse la condena al pago de la indemnización de los perjuicios, en el entendido de que la fuente de esta obligación no es el contrato, pues como el mismo no se perfeccionó, no genera las obligaciones en él contenidas.

### **7.1 El daño invocado**

El demandante alegó la existencia de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, derivados del no pago de los valores que corresponden a la ejecución de las prestaciones derivadas de un contrato de consultoría. Adujo que, no obstante que la entidad manifestó haber recibido a satisfacción los estudios correspondientes se negó a cancelar los correspondientes valores.

La Sala advierte que, no obstante que al actor le correspondía probar el daño alegado, esto es la privación de un pago por prestaciones que ejecutó a favor de la entidad, no aportó los documentos demostrativos de este hecho.

En efecto, como bien lo señaló el Tribunal, en el caso concreto la parte demandante no probó la ejecución, a satisfacción de la entidad, de la prestación derivada del supuesto contrato de consultoría, como quiera que el documento aportado con este propósito no fue suscrito por el representante legal de la entidad, ni por su delegado o funcionario encargado de esta función. Los documentos con los que pretendió demostrar que el Secretario de Salud de Arauca estaba delegado para contratar y que en esa condición recibió a satisfacción los estudios realizados por el actor, fueron aportados en copia simple.

Encuentra igualmente la Sala que los documentos que allegó la parte actora, contentivos de los estudios que, alega, realizó en beneficio de la entidad demandada, no cuentan con constancia de recibo en dicha entidad, además de

---

<sup>24</sup> Artículo 2.357: *La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*”

que no fueron valorados en este proceso por un perito especializado en el tema, que pudiese certificar su calidad y utilidad para la entidad.

En consideración a que este primer elemento de la responsabilidad no se acreditó, la Sala se abstiene de analizar los otros elementos de la misma.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, sin condenar en costas a la parte actora en aplicación de lo previsto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del C.C.A., aplicable al presente caso, por ser una norma procesal de aplicación inmediata.

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

### **FALLA**

1. CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 2 de abril de 1998.

2. Sin costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.**

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**  
Presidenta

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

**Aclara voto**

**ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079)**

**Actor: SURAMERICANA DE DOTACIONES**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA y OTRO**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**