

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01754-01(35268)

Actor: ANA SOFIA MESA DE CUERVO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 13 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las súplicas de la demanda [fls.319 a 331 cp].

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 19 de mayo del 2003 por la señora Ana Sofía Mesa de Cuervo, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo [fls.242 a 249 c1], formulando como pretensiones: (1) decretar la nulidad de la Resolución número 0087 de 10 de septiembre de 2001, expedida por la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca, mediante la que se declaró la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y el Departamento; (2) en subsidio decretar la nulidad de la Resolución número 159 de 29 de octubre de 2001 que resolvió el recurso de reposición; y, (3) en subsidio decretar que en la nueva liquidación que debía realizarse se tuviera en cuenta la comisión de éxito pactada en el parágrafo I de la cláusula cuarta del contrato”.

2 Como fundamento de las anteriores pretensiones la parte actora se sustentó en los siguientes hechos [fls.245 a 250 c1]: (1) “Mi poderdante suscribió con el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Desarrollo Institucional, el día 2 de octubre de 2000, un contrato de prestación de servicios”. (2) “En desarrollo del contrato de prestación de servicios mi poderdante se obligó a: 1.- Ejecutar la revisión detallada de cada hoja de vida de los pensionados actuales del Departamento con el fin de determinar: A.- Legalidad de las resoluciones de pensión. B.- Tipo de pensión y régimen aplicable de acuerdo a la fecha de ingreso. C.- **Tiempo de servicio con el fin de determinar la porción de pensión que le corresponde al Departamento.** D.- Edad de jubilación. E.- Beneficiarios. F.- Sustituciones. G.- Supervivencia. 2.- Diseñar y desarrollar la base de datos de pensionados legalmente soportados. 3.- Realizar la **CLASIFICACIÓN DE PENSIONADOS ACTUALES**. Así: Grupo No. 1 Pensionados vivos O.K. y a cargo del Departamento en su totalidad; Grupo No. 2 Pensionados O.K. compartidos con otras entidades; Grupo No. 4 Pensionados muertos con beneficiarios con derecho a sustitución pensional; Grupo No. 5 Pensiones fraudulentas y acciones a seguir. 4.- Una vez diseñada la base de datos de pensionados actuales legales, capacitará al personal que el **DEPARTAMENTO** determine, para efecto de la correspondiente actualización”. (3) “En la **CLÁUSULA CUARTA. VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO**. Las partes acordaron: El Departamento pagará a la contratista la suma de **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000,00)** más el IVA, o sea un total de **DOSCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS (\$230.000.000,00)**, los cuales se cancelarán así: a.- La suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57’500.000,00)**, equivalente al 25% del valor total del contrato, incluido el IVA, a título **ANTICIPO**, a la firma y perfeccionamiento del presente contrato; b.- La suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57’500.000,00)**, equivalente al 25% del valor pactado, incluido el IVA, transcurrido un mes de ejecución del contrato, previa presentación de los soportes correspondientes; c.- La suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57’500.000,00)**, equivalente al 25% del valor pactado, incluido el IVA, transcurridos dos meses de ejecución del contrato, previa presentación de los soportes correspondientes; c.- [sic] El excedente, es decir, la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57’500.000,00)**, equivalente al 25% del valor pactado, incluido el IVA, a la **TERMINACIÓN DEL CONTRATO. PARÁGRAFO I.-** Se pagará **UNA COMISIÓN**

DE ÉXITO [...] de acuerdo a los términos de la propuesta, equivalente al 50% ahorro-mes y por una sola vez, cuando los ahorros mensuales sean superiores a doscientos treinta millones de pesos (\$230'000.000,00), **situación esta que empezará a operar a una vez terminado el contrato y sean entregados los resultados concretos que le permitan a la Administración Departamental tener la certeza jurídica de la recuperación de dichos ingresos [...]**". (4) "La cláusula **SEXTA: PLAZO**.- El plazo para la ejecución del presente contrato será de **CUATRO MESES (4)**, contados a partir de la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento por parte de la Secretaria Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca". (5) "Mediante oficio de fecha veintiuno (21) de Diciembre [sic] de 2000, dirigido al Ingeniero **ENOC RAMÍREZ**, Secretario de Desarrollo Institucional, y anexos a él la señora Ana Sofía Mesa, hizo entrega a la Administración Departamental del resultado final de las actividades contratadas, informe concepto jurídico, disquete y bases de datos de todos los pensionados de la Administración Departamental, impartiendo, de igual forma, la capacitación necesaria para el desarrollo y manejo de las bases de datos, a los funcionarios designados por la Administración Departamental". (6) "Al realizar la entrega, a la Administración Departamental, del resultado final de la gestión encomendada, la señora Mesa mediante oficio dirigido al doctor **ENOC RAMÍREZ**, Secretario de Desarrollo Institucional, y de fecha Diciembre [sic] veintinueve (29) de dos mil (2000), remitió anexo a ella la factura correspondiente al cobro de la comisión de éxito pactada en el parágrafo I de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios celebrado entre ella y la administración departamental, remitiéndole igualmente el cálculo detallado de ahorro mensual por pensiones obtenidas de forma fraudulenta o ilegal, al igual que un listado de las entidades del Estado que desde muchos años atrás adeudan sus cuotas partes pensionales al Departamento del Valle del Cauca". (7) "El día cuatro (4) de Julio [sic] de 2001, mediante oficio sin número, la Administración Departamental, remite a la señora Ana Sofía Mesa acta de liquidación del contrato de prestación de servicios suscrito con el Departamento del Valle del Cauca el día dos (2) de Octubre de dos mil (2000), al cual ella presenta oportunamente sus objeciones dado que no contempla el pago de la comisión de éxito pactada entre ellos en el parágrafo I de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios". (8) "El Secretario Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca mediante oficio sin fecha, ni número dirigido a la doctora Gloria Mercedes Carvajal Borrero, y cuyo ASUNTO enuncia: Oficio 1058 de JULIO 24 DE 2001 emite su concepto respecto a la liquidación del contrato de prestación de servicios aquí enunciado, conceptuando

que se reitera en su posición de que la comisión de éxito pactada con la señora Ana Sofía Mesa, solo se cancelará cuando se recauden los dineros como resultado de la gestión a ella encomendada, manifestando que dicha comisión se pactó a un precio muy alto y que este debe ser revaluado”. (9) “Con base en el concepto anteriormente enunciado, el día el día [sic] diez (10) de Septiembre [sic] de dos mil uno (2001) el Departamento del Valle del Cauca – Secretaria de Desarrollo institucional emite la **Resolución No. 0087**, mediante la cual declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo celebrado el día 2 de Octubre [sic] de 2000, negando rotundamente la cancelación de la comisión de éxito pactada, en el inciso sexto del Considerando [sic] de la enunciada resolución”. (10) “Mediante oficio sin fecha la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo, radicado el día diecinueve (19) de Septiembre [sic] de dos mil uno (2001) en Secretaria de Desarrollo Institucional, interpuso recurso de Reposición [sic] contra la resolución No. 0087 de Septiembre [sic] diez (10) de dos mil uno (2001), a través de la cual se declaró la terminación y liquidación unilateral del contrato de Prestación de Servicios celebrado el dos (2) de Octubre [sic] de dos mil (2000)”. (11) “El día veintinueve (29) de Octubre de 2000 el Departamento del Valle del Cauca emitió la **Resolución No. 0159**, mediante la cual en su artículo primero, del ítem resolutivo. Resuelve **CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 0087 del Septiembre [sic] diez (10) de dos mil uno (2001)”.

2. El trámite procesal.

3 Mediante auto No. 875 del 11 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo del Valle concedió a la parte actora cinco (5) días para subsanar la demanda [fl.260 c1]. El apoderado de la parte demandante presenta memorial para subsanar la demanda, manifestando (1) que la acción que instauraba era la de controversias contractuales del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo; (2) que como pretensión se solicitaba la revisión del contrato y en subsidio declarar su incumplimiento; (3) así mismo, como pretensión se solicitó ordenar el cumplimiento y pago de la comisión de éxito; y, (4) finalmente, que se pagaran los perjuicios que se hubieran producido [fls.261 y 262 c1].

4 Mediante auto interlocutorio No. 448 del 11 de septiembre de 2003 el Tribunal Administrativo del Valle admitió la demanda [fls.267 y 268 c1], notificándose a la parte demandada [fl.271 c1].

5 El apoderado del Departamento del Valle del Cauca presentó contestación de la demanda¹ [fls.284 a 288 c1].

6 Mediante auto del 6 de agosto de 2004 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca abrió el proceso a pruebas² [fls.290 y 291 c1].

7 Mediante auto del 30 de enero de 2007 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión³, y al Ministerio Público para que allegue el concepto de rigor⁴ [fl.295 c1].

3. La sentencia del Tribunal.

¹ En el cual el apoderado del Departamento del Valle del Cauca, se opone a todas las pretensiones, dado que el trámite administrativo frente a lo concerniente al contrato administrativo de prestación de servicios con la señora Ana Sofía Mesa de Cuervo no fue adelantado irregularmente, pues se respetó el derecho de defensa y de contradicción al córesele traslado de las correspondientes respuestas y de los recursos que procedían. Así mismo, el soporte sustantivo de dichos actos está fundado en la ley.

En lo que respecta a los fundamentos de Derecho, señala que: La comisión de éxito pactada en el contrato en discusión se circunscribió a que, de acuerdo a los estudios efectuados por la Doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo, el Ente Departamental pudiera ante las autoridades jurisdiccionales obtener una Sentencia favorable, situación que a la fecha no se ha cumplido en consecuencia la COMISIÓN DE ÉXITO pactada no se ha causado.

² Se tienen como pruebas al momento de fallar:

1. Los documentos aportados con la demanda
2. Se deniega la recepción del testimonio del Secretario de Desarrollo Institucional del Departamento del Valle del Cauca, solicitado en el acápite de pruebas de la demanda, en razón a que no reúne los requisitos establecidos [...]

POR LA PARTE DEMANDADA

1. Los documentos acompañados en la contestación de la demanda.
2. Líbrese oficio en los términos indicados en el acápite de pruebas de folios 287[Cuaderno principal] de la contestación de la demanda.

³ La parte actora presentó alegatos de conclusión en el que manifestó que la Administración por ineficiencia de sus funcionarios no se ha tomado la molestia de llevar a cabo las recomendaciones jurídicas contenidas en dichos informes (presentados por la contratista) y al parecer, de conformidad con las aseveraciones de los funcionarios, tampoco las van a utilizar, salvo como términos de referencia, a pesar del alto costo que para el Erario Departamental representó el contrato de prestación de servicios suscrito por la señora Mesa, en consecuencia eso no es óbice para desconocer el pago de la comisión de éxito.

⁴ El ministerio público Procuraduría judicial 19 presento concepto No. 44 ante el Tribunal Administrativo del Valle, en el que considera que no están dadas las condiciones para aceptar las suplicas de la demanda, por consiguiente se deben negar estas. Toda vez que, hasta tanto no se recauden los ingresos, no habrá certeza sobre la recuperación de los ingresos superiores a doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000,00), es decir, que esta comisión de éxito está condicionada al ingreso de los dineros al Departamento, y de la lectura del parágrafo I encontramos que en ningún momento se especificó que esta se cobraría al término del contrato, antes por el contrario se insiste que esta empezará a operar una vez terminado este.

Dentro de los documentos arrimados al proceso no se encuentran certificación expedida por el Departamento en el cual manifiesten que por conceptos del saneamiento de las pensiones se haya ahorrado el 50% en el mes superior a \$230.000.000,00; tal situación se refleja en el escrito enviado por la Secretaría del Tribunal, que remite los antecedentes administrativos del contrato celebrado con la doctora Ana Sofía Mesa y da respuesta a unos interrogantes planteados y que obra a folios 1 a 3 del cuaderno Nro. 2.

8 El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 13 de julio de 2007 mediante la que negó las pretensiones de la demanda con base en en las siguientes razones y argumentos:

“[...] “Del clausulado anteriormente reseñado, se puede concluir que una cosa es el valor del contrato pactado en \$230'000.000,00 y cuyo pago total está supeditado a la ejecución por parte de la actora de las actividades constitutivas del objeto contractual, y otra muy diferente, el pago de la comisión de éxito, que si bien está relacionado con el mismo contrato, no dependía de su cumplimiento por parte de la actora, sino de otra situación muy diferente.

En efecto, en primer lugar tenemos las obligaciones asumidas por la contratista, que eran propias del objeto contractual contenido en la cláusula primera y por el cual se pactó un valor de remuneración, consistente en la suma de \$200'000.000,00 más IVA, para un total de \$230'000.000,00.

El cumplimiento del objeto del contrato por parte de la actora y el pago respectivo realizado por la demandada, (al menos parcialmente), no solo se deduce de los mismos escritos presentados por las partes, sino que se verifica además con la misma Resolución No., 0087 del 10 de septiembre de 2001 expedido por la Gobernación del Valle – Secretaria de Desarrollo Institucional, “Por medio de la cual se declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo celebrado el día 2 de octubre de 2000 [...]

[...]

[...] son inútiles todos los argumentos expuestos por la demandante relacionados con el derecho a recibir la remuneración por el trabajo realizado (sic), del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, del recibo a satisfacción por parte de la demandada, y los documentos aportados para acreditar tales hechos, etc., pretendiendo fundamentar con ellos el derecho a recibir la comisión de éxito y el incumplimiento además de la administración de cancelarla, habida cuenta que dicha comisión no dependía de la ejecución del contrato, ni de su plazo, sino de una situación totalmente diferente, que podía tener ocurrencia o no, lo cual, conforme lo señalan las normas vigentes, correspondía a una obligación sujeta a condición suspensiva.

Ciertamente, la obligación condicional, en los términos del artículo 1530 del Código Civil, pende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Se denomina **condición suspensiva**, aquella que mientras no se cumple suspende el nacimiento o adquisición de un derecho y condición resolutoria, aquella que al cumplirse o acaecer, extingue un derecho (art. 1536 ib.).

Ahora, de la redacción un poco confusa de las estipulaciones contractuales sobre tal comisión, se puede deducir que la misma debía ser cancelada a la actora, - **por una sola vez**, cuando ocurriera el siguiente hecho:

Que como consecuencia del trabajo realizado por la actora en virtud del contrato de prestación de servicios, la demandada “obtuviera” un ahorro superior a los \$230.000.000,00 mcte., en un mes

Es decir, que necesariamente debían presentarse dos presupuestos para que la actora tuviese derecho a recibir la comisión éxito, -equivale al 50% del ahorro obtenido en el mes-:

El primero: que el trabajo por ella, le permitiera efectivamente a la entidad demandada obtener ahorros mensuales.

El segundo: que el monto del ahorro en un mes, fuera superior a \$230'000.000,00

La obligación para el Departamento, se sujetó entonces en su nacimiento, a una condición suspensiva, esto es a la obtención real de ahorros en un mes, por un monto superior a \$230'000.000,00 por efecto del trabajo realizado por la demandante, - la cual una vez acaecida, le obligaba a realizar tal pago, - afectando dicha condición la existencia misma de la obligación.

Como quiera que la solicitud de la demandante elevada a la administración al momento de terminación del contrato –y que constituye básicamente el objeto de la presente litis-, recayó en una obligación sujeta a una condición suspensiva cuyo acaecimiento, era lo único que permitía el nacimiento del derecho a percibir tal

comisión y no antes, se tiene que ese no era el momento de exigirla, correspondiendo por ende, a una solicitud elevada antes de tiempo, pues lo cierto es que la misma no estaba sujeta ni al plazo previsto en el contrato, ni a la debida ejecución del objeto contractual por parte del contratista, sino que pende de un hecho futuro e incierto que, se repite, para esa fecha aún no había acaecido.

En ese orden de ideas, los actos administrativos impugnados mediante los cuales se procedió a liquidar el contrato deben permanecer incólumes, pues evidentemente el valor de la comisión de éxito no podía formar parte de la misma como lo pretendió la demandante, pues el objetivo de la liquidación es, conforme a lo enseña el art. 60 de la Ley 80 de 1.993, definir los ajustes, revisiones y reconocimiento a que haya lugar, en virtud del contrato ejecutado, estableciendo los saldos a deber por cada una de las partes, y no el reconocimiento de valores por obligaciones que para ese momento no siquiera habían nacido.

Ni aún el hecho de haber presentado la demandante a la administración el “cálculo” del monto de los ahorros que ésta hubiese podido obtener con sus recomendaciones o trabajo realizado, originan el derecho a su favor de recibir tal prestación, como quiera que tales cálculos no garantizaban que esos ahorros en realidad se obtuvieran, es decir, como bien lo aduce la demandada, en los actos impugnados, no existía certeza que tales ahorros efectivamente se produjeran.

[...]

Tampoco hay lugar a reconocer la comisión a título de indemnización, pues para tal efecto, debía haber demostrado la demandante no sólo el acaecimiento de la condición [...] sino además, que pese a ello, el Departamento del Valle se negó a cancelarla [...]

Sin embargo, no es esa la situación que se vislumbra en este proceso, pues la negativa de la entidad de cancelar la comisión, siempre obedeció al hecho de no haber obtenido aún los susodichos ahorros, es decir, al hecho de no haberse cumplido aún la condición, -lo cual indudablemente impide que surja el derecho de la demandante a recibir dicha prestación-, ni tampoco demuestra la actora que en realidad la demandada hubiese obtenido esos ingresos, pues simplemente funda el presunto derecho a recibirla, en el “cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando se repite, no era de ese hecho del cual pendía el nacimiento del derecho” [fls.328 a 330 cp].

4. El recurso de apelación presentado.

9 Contra la sentencia de primera instancia se alzó la parte demandante Ana Sofía Mesa de Cuervo, solicitando revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, y se acogieran las pretensiones de la demanda [fls.332 a 345 cp].

10 El Tribunal concedió el recurso mediante auto de 29 de febrero de 2008 [fl.348 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

11 Mediante auto del 2 de mayo de 2008 esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra sentencia proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca [fl.352 cp]. Luego, mediante auto de 17 de junio

de 2008 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de rigor⁵.

16 La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Advierte la Sala, que la parte demandante es el único apelante, por ello, para decidir el recurso, se centrará en los argumentos expuestos en el mismo, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060].

1.1 En vista de que sólo apeló la parte actora, debe tenerse en cuenta la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] donde se dirimió una cuestión de derecho para llegar a la solución jurídica en los siguientes términos:

“Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” [artículo 357, inciso final, C. de P. C.]⁶.

[...]

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁷ de la

⁵ Mediante auto del 17 de junio de 2008 [fl.. 354, C. Ppal.]

⁶ Al respecto consultar, por ejemplo, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, expediente 17160; sentencia de 20 de mayo de 2009, expediente 16925.

⁷ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la

sentencia como el principio dispositivo⁸, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*⁹.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada¹⁰.

1.2 Ahora bien, como al proceso se aportaron documentos en copia simple la Sala encuentra que la discusión respecto a la posibilidad de valorar los documentos aportados en copia simple fue finalmente zanjada en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 28 de agosto de 2013 por la Sala Plena de la Sección Tercera [expediente 25022], por lo tanto, en consideración a lo anterior y atendiendo a que la normatividad aplicable sigue siendo la consignada en el Código de Procedimiento Civil –por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo– y, aún cuando no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de

Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

⁸ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso (...)** Son características de esta regla las siguientes: (...) **El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado**” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.

desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad de los documentos allegados por las partes en copia simple

1.3 Con fundamento en la sentencia de Sala Plena se abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado únicamente por la parte demandante.

2. Análisis del caso en concreto. Para la Sala, en su apelación la parte demandante encamina su cuestionamiento de la sentencia de primera instancia al no reconocimiento de la comisión de éxito, siendo determinante para que los actos administrativos adolecieran de ilegalidad, y se hubiera incumplido el contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y el Departamento del Valle del Cauca –Secretaría de Desarrollo Institucional-.

Como medios probatorios de los que debe servirse la Sala para el análisis se encuentra:

2.1 Pruebas aportadas con la demanda

1. Resolución número 0087 del 10 de septiembre de 2001 *“Por medio del cual se declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo celebrado el día 2 de octubre de 2000.”*

“Que el Departamento del Valle del Cauca- Secretaria de Desarrollo Institucional suscribió con la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo, contrato de prestación de servicios el 02 de octubre de 2000, el cual tiene por objeto sanear las pensiones actuales del nivel central del Departamento del Valle del Cauca y crear la base de datos de los pensionados actuales, la que en conjunto con la de los activos se constituirá en el insumo para la aplicación del software pasivocol del Ministerio de Hacienda, con el que se realizará el cálculo actuarial del Departamento.

Que el valor del citado contrato ascendió a la suma de doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000,00) incluido IVA y se imputo al rubro presupuestal 200011121001610100000000 Honorarios de la vigencia fiscal del año 2000, contando con la respectiva reserva presupuestal.

Que el 29 de diciembre del año 2000 la doctora Ana Sofía Mesa entrego a la anterior Administración el informe final de actividades contratadas y los disquetes en los cual [sic] se encontraba la base de datos de los jubilados de la Administración central del Departamento. Igualmente se recibió la capacitación de la mencionada base de datos por funcionarios de la Administración Central.

Que la información entregada por la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo fue verificada por el área de prestaciones sociales en cabeza de la doctora Pilar Vargas Ruiz y el doctor Alejandro Fossi Falla, encontrando que se ajusta a los productos que debía entregar la contratista.

Que la Administración Departamental proyecto acta de liquidación de contrato por mutuo acuerdo entre las partes la cual fue enviada a la contratista, doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo, quien a su vez mediante oficio de 16 de julio de 2001 manifestó no estar de acuerdo ya que no se consideró dentro de la misma el pago de la comisión de éxito.

Que la Secretaría Jurídica del Departamento del Valle mediante oficio 2271 de Julio 31 de 2001, ratifico la posición expuesta respecto la pago de la comisión de éxito enunciada mediante oficio #0175 de enero 23 de 2001, en el cual claramente expresa que el “Departamento del Valle no puede dar viabilidad al pago de la comisión de éxito, hasta tanto se logre la recuperación efectiva de Por medio de la cual se declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo celebrado el día 2 de octubre de 2000.

[...]

Que de conformidad con lo anterior no existió acuerdo entre las partes para liquidar el contrato de mutuo acuerdo y por lo tanto debe procederse de conformidad a lo establecido en los artículos 17 y 61 de la ley 80 de 1993, a la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Valle del cauca [sic] y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo.

[...]

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Declarar la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo el día 2 de Octubre [sic] de 2000.

ARTICULO SEGUNDO: Determinar la liquidación del contrato de la siguiente forma:

La contratista ha recibido por parte de la administración Departamental [sic] las siguientes cantidades de dinero de acuerdo a lo establecido en el contrato de prestación de servicios: a) La suma de cincuenta y siete millones quinientos mil pesos (\$57.500.000) equivalente al 25% del valor del contrato como anticipo del mismo. B) La suma de cincuenta y siete millones quinientos mil pesos (\$57.500.000) equivalente al 25% del valor del contrato transcurrido el primer mes de labores. C) La suma de cincuenta y siete millones quinientos mil pesos (\$57.500.000) equivalente al 25% del contrato transcurrido el segundo mes de labores. Todo lo anterior para un total cancelado equivalente al 75% del valor total del contrato.

VALOR DEL CONTRATO	\$230.000.000,00
Valor Anticipo Cancelado	\$ 57.500.000,00
Valor Cancelado primer mes	\$ 57.500.000,00
Valor Cancelado segundo mes	\$ 57.500.000,00
Total cancelado	\$172.500.000,00
Saldo pendiente por pagar	\$ 57.500.000,00” [fls.3 a 5 c1]

2. Resolución No. 0159 del 29 de octubre de 2001, “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” [fls.6 a 9 c1], según la cual:

“[...] Que mediante oficio radicado en la Secretaría de Desarrollo Institucional el pasado 19 de septiembre de 2001, la señora ANA SOFÍA MESA DE CUERVO interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 0087 de septiembre de 10 de 2001, a través de la cual se declaró la terminación

unilateral del contrato de prestación de servicios celebrado el 2 de octubre de 2000.

Que el recurso interpuesto está dirigido a que el Departamento determine adicionar la Resolución No.0087 de 2001, en el sentido de dejar expresa constancia que lo relativo a la Comisión de Éxito pactada es objeto de liquidación unilateral que se efectúa mediante el acto administrativo recurrido.

Que al respecto la Secretaría Jurídica del Departamento conceptuó que con la presentación por parte de la contratista del cálculo del ahorro mensual a favor del Departamento, **NO SE BRINDA CERTEZA JURIDICA DE LA RECUPERACIÓN DE DICHOS DINEROS.**

Que igualmente ese Despacho [sic] manifestó que se trata de una mera expectativa que únicamente se hace efectiva una vez las autoridades jurisdiccionales determinen si los derechos cuestionados carecen de fundamento legal y decreten la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se reconocieron.

Que mientras tal situación no ocurra, dichos actos administrativos gozan de presunción de legalidad, motivo por el cual no le es permitido a la administración departamental, por voluntad y capricho propio, revocar su disfrute.

Que no resulta procedente efectuar el pago sobre la base de una mera expectativa.

Que no es factible bajo ningún punto de vista que la contratista garantice al Departamento los resultados concretos que le permitan tener la certeza jurídica de la recuperación de dichos ingresos, por cuanto ésta sólo se presenta en el momento que las autoridades jurisdiccionales determinen si los derechos cuestionados carecen de fundamento legal y decreten la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se reconocieron.

Que para ello resultaría imperioso que la contratista, señor Ana Sofía Mesa de Cuervo, adelantara en nombre y representación del Departamento las acciones pertinentes y ante las autoridades jurisdiccionales respectivas.

Que tal situación no es posible debido a que la contratista no detenta la calidad de abogada, y por consiguiente el Departamento no le ha otorgado poder alguno para el efecto.

Que en razón a lo anterior la COMISIÓN DE ÉXITO pactada no se ha causado.

[...]

Que el Departamento del Valle del Cauca procedió a la LIQUIDACIÓN de conformidad con la normatividad correspondiente, efectuando el balance general de la ejecución contractual y de las obligaciones recíprocas

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No.0087 de septiembre 10 de 2001” [fls.7 y 9 c1].

3. Copia simple del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Desarrollo Institucional y Ana Sofía Mesa de Cuervo [fls.10 a 16 c1], en cuyas cláusulas se estipuló:

“[...] **PRIMERA. OBJETO:** El presente contrato tiene por objeto la prestación de servicios profesionales, encaminados SANEAR LAS PENSIONES ACTUALES DEL NIVEL CENTRAL DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, Y CREAR LA BASE DE DATOS DE LOS PENSIONADOS ACTUALES, LA QUE EN CONJUNTO CON LA DE ACTIVOS SE CONSTITUIRÁ EN EL INSUMO PARA LA APLICACIÓN DEL SOFTWARE **PASIVICOL** DEL MINISTERIO DE HACIENDA, CON EL QUE SE REALIZARÁ EL CÁLCULO ACTUARIAL DEL DEPARTAMENTO.

SEGUNDA - OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA: En desarrollo del presente contrato, **LA CONTRATISTA** se obliga a: 1) Efectuar la revisión detallada de cada hoja de vida de los pensionados actuales del Departamento, con el fin de determinar: A. Legalidad de las resoluciones de pensión. B. Tipo de pensión y régimen aplicable de acuerdo a la fecha e ingreso. C. Tiempo de servicio con el fin de determinar la porción de pensión que el corresponde al Departamento. D. Edad e jubilación. E. Beneficiarios. F. Sustituciones. G. Supervivencia. 2) Diseñar y desarrollar la base de datos de pensionados legalmente soportados. 3) Realizar la CLASIFICACIÓN DE PENSIONADOS ACTUALES, así: Grupo No. 1. Pensionados vivos O.K. y a cargo del Departamento en su totalidad; Grupo No. 2 Pensionados O.K. compartidos con otras entidades; Grupo No. 3. Pensionados muertos sin beneficiarios con derecho a sustitución pensional; Grupo No. 4 Pensionados muertos con beneficiarios con derecho a sustitución pensional. Grupo 5. Pensiones fraudulentas y acciones a seguir. 4) Una vez diseñada la Base de datos de pensionados actuales legales, capacitará al personal que el DEPARTAMENTO determine, para efecto de la correspondiente actualización. [...]

CUARTA - VALOR CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El Departamento pagará a la contratista la suma de: DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000,00), más el IVA, o sea un total de doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000,00), los cuales se cancelarán así: a) La suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57.500.000,00), equivalente al 25% del valor total del contrato, incluido el IVA, a título de ANTICIPO, a la firma y perfeccionamiento del presente contrato; b) La suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57.500.000,00), equivalente al 25% del valor pactado, incluido el IVA, transcurrido un mes de ejecución del contrato, previa presentación de los soportes correspondientes, c) La suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57.500.000,00), equivalente al 25% del valor pactado, incluido el IVA, transcurridos dos meses de ejecución del contrato, previa presentación de los soportes correspondientes. c) El excedente, es decir, la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$57.500.000,00), equivalente al 25%, del valor pactado, incluido el IVA, A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO. **PARÁGRAFO I:** Se pagará una **comisión de éxito** de acuerdo a los términos de la propuesta, equivalente al 50% ahorro mes, y por una sola vez, cuando los ahorros mensuales sean superiores a doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000,00), situación ésta que empezará a operar una vez terminado el contrato, y sean entregados los resultados concretos que le permitan a la Administración Departamental, tener la certeza jurídica de la recuperación de dichos ingresos. **PÁRAGRAFO II:** Queda claro que en el valor del presente contrato se harán previa presentación de los soportes respectivos. **PÁRAGRAFO III:** Se entiende que en el valor del presente contrato, están incluidos todos los honorarios del CONTRATISTA y los demás costos para la realización y ejecución del mismo. [...]

SEXTA: PLAZO: El plazo para la ejecución del presente contrato será de CUATRO MESES (4), contados a partir de la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento por parte de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle.

[...]

DÉCIMA TERCERA: MODIFICACIÓN TERMINACIÓN, E INTERPRETACIÓN UNILATERALES: El presente contrato se regirá en lo relativo a su modificación, interpretación y terminación unilaterales, a lo establecido en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993" [fls.10 a 16 c1].

4. Informe final del estudio de pensiones del Departamento del Valle del Cauca, de fecha 21 de diciembre 2000 remitido por Ana Sofía Mesa al Secretario de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca [fl.16 c1], cuyo contenido era:

“1. METODOLOGÍA Y PROCEDIMIENTO PARA VALIDACIÓN DE LAS PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA (1 Diskette).

2. INFORME CONCEPTO JURÍDICO (1 Diskette)

3. BASE DE DATOS EN ACCESS DE PENSIONADOS ACTIVOS (2 Diskettes)

4. BASE DE DATOS EN ACCESS DE SUSTITUTOS DE PENSIÓN (1 Diskette)

Se incluye informe escrito con sus respectivos anexos” [fl.16 c1].

5. Copia simple de oficio remitido por Ana Sofía Mesa de Cuervo al Secretario de Desarrollo Institucional, el 29 de diciembre del 2000, con el cual anexaba el cálculo detallado del ahorro mensual por concepto de las recomendaciones presentadas en el informe final del mencionado contrato, agregando que enviaba “la factura correspondiente a la Comisión de éxito estipulada en el mismo. Los cálculos de dicha comisión son:

Ahorro Mensual \$938.455.095,16

Menos \$230.000.000,00

Total ahorro para comisión \$708.455.095,16

50% del ahorro mes \$354.227.547,58” [fls.17 y 18 c1].

5.1 Relación de valores a ahorrar [fl.19 c1].

6. Oficio, de 4 de julio de 2001, de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca, por medio del cual se remitió a Ana Sofía para la firma el “Acta de Liquidación de Contrato de Prestación de Servicios” [fl.19 c1].

6.1 Copia simple del acta de liquidación del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca y la Doctora Ana Sofía Mesa, de Cuervo. [fls.20 y 22 c1].

7. Oficio, de 29 de agosto de 2000, de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca, dirigido a la Secretaria de Desarrollo Institucional [fls.23 a 25 c1], según el cual:

“[...] no es procedente cancelar una comisión de éxito con base en una mera expectativa, que únicamente se hará efectiva una vez las autoridades determinen si los derechos cuestionados carecen de fundamento legal y, en consecuencia, decreten la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se reconocieron; mientras tanto, dichos actos son legales, por lo cual no puede la administración departamental revocar su disfrute.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Éxito sólo podrá cancelarse cuando se haya logrado la recuperación de los recursos para el Departamento” [fls.24 y 25 c1].

8. Derecho de petición presentado por Ana Sofía Mesa de Cuervo ante el Gobernador del Valle del Cauca [fls.26 y 27 c1], solicitando la adición de la Resolución número 0087 de 2001.

2.2 Prueba solicitada por Tribunal antes de abrirse el período probatorio

9. Oficio, de 4 de febrero de 2004, de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Cauca [fl.273 c1], por medio de la que se remitió copia de la Resolución número 0087 de 10 de septiembre de 2001 con la que se declaró la

terminación y liquidación del contrato suscrito entre Ana Sofía Mesa y la Gobernación [fls.274 a 276 c1].

10. Oficio SDI 02937, de 12 de octubre de 2006, de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca [fls.1 a 6 c2], con el que se remitieron los “antecedentes administrativos del contrato de prestación de servicios celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca, Secretaría de Desarrollo Institucional y la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo anexando copia de los siguientes documentos:

- 1- Justificación del Contrato de Prestación de Servicios.
- 2- Disponibilidad Presupuestal.
- 3- Certificado de que no existe planta de personal quien pueda realizar los servicios a contratar.
- 4- Contrato de prestación de servicios.
- 5- Concepto Minuta de Contrato SJ 2576 de Septiembre [sic] de 2000.
- 6- Garantía Única de Cumplimiento.
- 7- Resolución N° 606 de Octubre [sic] de 2000, por medio de la cual se aprueba garantía de cumplimiento.
- 8- Recibo N° 14587 Publicación [sic] del contrato en gaceta departamental.
- 9- Resolución N° 0087 del 10 de Septiembre [sic] de 2001, por medio de la cual se declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios”.

Por otra parte, en el mencionado oficio se informó que dicho “contrato se liquidó de manera unilateral mediante resolución N° 0087 del 10 de Septiembre [sic] de 2001, en consideración a que no existió acuerdo entre las partes en lo referente al pago de la comisión de éxito, la citada resolución tuvo entre otros su fundamento en lo establecido en la Cláusula Cuarta [sic], Parágrafo Primero [...] Así las cosas, los citados requisitos para el pago de la comisión de éxito no se dieron, es decir, no se **obtuvo resultados concretos de ahorro en la nómina**, motivo por el cual la Administración Departamental, no reconoció al contratante la citada comisión al momento de liquidar unilateralmente el contrato”.

Se agregó “que los informes entregados por la doctora Ana Sofía Mesa de Cuervo, en desarrollo del contrato de prestación de servicios, simplemente se tuvieron como punto de referencia, puesto que el proceso de revisión de pensiones ha tenido un enfoque y una dinámica diferente la cual a la fecha no ha culminado ya que la mayoría de procesos se encuentra en su fase inicial” [fls.1 a 3 c2].

10.1 Justificación del Contrato de Prestación de Servicios [fls.7 y 8 c2], según la cual:

“[...] como producto de trabajo a realizar, debe resultar la base de datos de los pensionados que se constituirá en insumo para la aplicación del Software [sic] “Pasivocol” exigido por el Ministerio de Hacienda el cual no ha sido posible realizar en razón a la sobre carga laboral producto de la reforma en el área de Prestaciones Sociales [sic].

[...] finalmente que como producto del trabajo a realizar se podría lograr una disminución en la nómina de jubilados en consideración a que se pueden estar cancelando pensiones por mayor valor al establecido en la Ley” [fl.7 c2].

10.2 Disponibilidad Presupuestal [fl.9 c2].

10.3 Certificado de que no existe planta de personal quien pueda realizar los servicios a contratar [fl.10 c2].

10.4 Contrato de prestación de servicios [fls.11 a 15 c2].

10.5 Concepto Minuta de Contrato SJ 2576 de 8 de septiembre de 2000 [fls.16 a 19 c2], según el cual:

“[...] En cuanto a la COMISION DE ÉXITO que de acuerdo a los términos de la propuesta se debe cancelar, equivalente al 50% ahorro mes, por una sola vez, cuando los ahorros mensuales sean superiores a doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000.00), es importante dejar en claro que esta solo podría hacerse efectiva cuando se logre la recuperación de los recursos, situación que sólo es posible a través de las acciones que se adelanten ante los organismos competentes, por la vía judicial o contencioso administrativa, considerando además que este porcentaje es demasiado alto, en virtud a que el Departamento para iniciar estos procesos debe adelantarlos o bien mediante otro contrato, o a través de la Secretaría Jurídica” [fls.18 y 19 c2].

10.6 Garantía Única de Cumplimiento [fl.20 c2].

10.7 Resolución N° 606 de Octubre [sic] de 2000, por medio de la cual se aprueba garantía de cumplimiento [fls.21 y 22 c2].

10.8 Recibo N° 14587 publicación del contrato en gaceta departamental [fl.23 c2].

10.9 Resolución N° 0087 del 10 de Septiembre [sic] de 2001, por medio de la cual se declara la terminación y liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios” [fls.24 a 26 c2].

3. Analizada crítica, ponderada y contrastadamente la prueba la Sala considera que no puede acceder reconocer la comisión de éxito, y por tanto a declarar la ilegalidad de las Resoluciones 0087 de 10 de septiembre de 2001 y 159 de 21 de octubre de 2001, ni a declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios, ni a reconocer a aquella comisión como rubro indemnizatorio alguno ya que se carece de fundamento fáctico y jurídico para esto.

3.1 La Sala al examinar contrastada y armónicamente el contrato de prestación de servicios, el Oficio, de 29 de agosto de 2000, de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca, dirigido a la Secretaria de Desarrollo Institucional [fls.23 a 25 c1], el Oficio SDI 02937, de 12 de octubre de 2006, de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca [fls.1

a 6 c2], y el Concepto Minuta de Contrato SJ 2576 de 8 de septiembre de 2000 [fls.16 a 19 c2], encuentra que lo pactado en el parágrafo I de la cláusula cuarta del contrato comprendía una obligación que se encontraba sujeta a una condición, o a un hecho futuro e incierto, que con las pruebas que obran en el proceso no se estableció con plena y suficiente verosimilitud y credibilidad, ya que la existencia de unos listados, de unas normas y de unas condiciones no imponía como conclusión que esto ya despejaba aquel hecho en los términos de ahorro para la entidad demandada, cuando la realidad material del proceso no permite razonablemente llegar a esa conclusión.

3.2 De acuerdo con el artículo 1530 del Código Civil, cuando se trata de una obligación sujeta a condición se hace referencia a aquella que depende para su concreción de un acontecimiento futuro e incierto, que puede producirse, suceder o acaecer o no. Por lo tanto, cuando la obligación se forma en el marco de un acuerdo o convención y se subordina a un acontecimiento de la naturaleza enunciada, permanecerá en suspenso hasta que el mismo se realice, o se resolverá según se materialice o no el acontecimiento.

3.3 Las obligaciones condicionales, pues, revisten unas condiciones a observar: (1) el hecho a las que se subordinan debe ser futuro después de la celebración del contrato o negocio jurídico; (2) debe ser objetivamente incierto, de manera tal que pueda establecerse si se concretará o realizará o no, lo que lo hace diferir del plazo¹¹; y, (3) incorporación dentro del contrato debe ser expresa, que puede revistar el carácter excepcional y pactarse por cláusulas accidentales o prevista en la legislación.

3.4 Dentro de la tipología de las condiciones reconocidas por la legislación civil encontramos: (1) positivas que radican en el acontecimiento de una cosa, debiendo ser física y moralmente posibles [bien porque no son contrarias a las leyes de la naturaleza, o porque no comprenden un hecho prohibido, o que es opuesto a las buenas costumbres o al orden público, o cuyos términos son ininteligibles –artículo 1532 del Código Civil-]; (2) negativas que radican en que no se realice una cosa. Cuando tratándose de una condición negativa la cosa es material y físicamente imposible, la obligación pasa a ser pura y simple, pero si comprende la abstención del acreedor frente a un hecho inmoral o prohibido, se

¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1996, p.242.

produce un vicio de la disposición [artículo 1533 del Código Civil]; (3) potestativas, en aquellos eventos en las que depende de la voluntad bien sea del acreedor, o del deudor; (4) casuales cuando dependen de la voluntad de terceros o de un acaso; (5) mixta cuando dependen en parte del acreedor o del deudor, y parte de un tercero; (6) suspensivas cuando suspende la exigibilidad del derecho, o impide su nacimiento¹² en tanto se cumpla; y, (7) resolutivas, cuando extinguen el derecho al cumplirse [artículo 1536 del Código Civil].

3.5 Para el caso específico de las condiciones suspensivas, se advierte que si es o se hace imposible se podrá tener por fallida, sustrato que puede afirmarse también de aquellas de naturaleza ininteligibles [artículo 1537 del Código Civil].

4. Determinado lo anterior, la Sala encuentra necesario establecer las reglas con las que puede delimitarse la comisión de éxito como estipulación incorporada en los contratos estatales, las que obraran conjuntamente con las exigencias de la naturaleza de la [s] obligación [es] en las que quede comprendida.

4.1 El tratamiento de la comisión de éxito exige considerar que la “estructuración jurídica de un concepto operativo de contrato estatal o por lo menos cualquier aproximación que se intente en torno a la figura, reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado, no sólo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja: en primer lugar, la de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, que, por lo demás, debe ser preservado en la economía del contrato mismo, por lo tanto sumida inevitablemente en conceptos que involucran compromisos con los intereses de la comunidad, y, en segundo lugar, la de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado, pero, como se advierte, bajo consideraciones inmanentes con los intereses públicos y comunitarios, esto es, en absoluta posición dicotómica respecto de los contenidos individualistas y subjetivos, derivadas de las corrientes clásicas sustentadoras del derecho privado, lo que implica inexorablemente, en la hora actual de la disciplina, la articulación de normas, reglas y principios derivados del subsistema jurídico positivo privatista en interrelación permanente con principios, reglas e incluso normas inspiradas en el mantenimiento y preservación

¹² HINESTROSA, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.873. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1996, p.248.

de intereses públicos y generales vinculado necesariamente al carácter social de nuestro Estado de derecho, en lo que podríamos denominar la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal, ni de la exclusiva sujeción a los parámetros de los principios nugatorios de lo público”¹³.

4.2 De la anterior argumentación puede servirse la Sala para afirmar que una cláusula como la de la comisión de éxito requiere para su análisis considerar desde la complejidad del contrato estatal el alcance de los principios y reglas de derecho privado en las que se sustenta, como de aquellos y aquellas inspiradas en el mantenimiento y preservación de los intereses públicos y generales. De estos últimos resulta esencial para la Sala la consideración del principio de conmutatividad, que “como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de autonomía de la voluntad individualista, surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes”¹⁴.

4.3 De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas **fundadas en el principio**

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, en [Revista Electrónica de Derecho Administrativo, No.1, enero-junio, 2009, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Administrativo, p.3; <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=issue&op=view&path%5B%5D=279>].

¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, ob., cit., pp.16 y 17.

de conmutatividad: (1) por virtud del principio de planeación¹⁵ para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable¹⁶, que pueda afectar el interés público o general¹⁷, y vulnerar el principio de conmutatividad; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, ob., cit., p.26. La sujeción al principio de planeación implica que los elementos del concepto del contrato estatal “no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; esto es, si el negocio no se ajusta al desarrollo y la aplicación adecuados y cabales del denominado principio de planeación o de planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, ob., cit., p.29. “El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se deben expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión acogida”. Puede verse también: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*; Civitas, Madrid, 1994, pp.82 a 89.

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, ob., cit., p.23. “El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal”.

objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio [s] o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública.

5. Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la Sala considera que la obligación de pagar una comisión de éxito, que no fue tomada en cuenta en la Resolución 0087 de 10 de septiembre de 2001 al terminar y liquidar unilateralmente el contrato, como tampoco en la Resolución 159 de 21 de octubre de 2001, estaba sujeta a una condición que podía realizarse o no efectivamente, y que se subordinó tanto a una condición suspensiva y casual, es decir, que con el producto entregado por la contratista a la entidad pública demandada, consistente en el saneamiento de las pensiones actuales del nivel central del Departamento del Valle del Cauca y la creación de una base de datos de los pensionados actuales que debía servir para realizar el cálculo actuarial a cargo del departamento, se lograra el ahorro equivalente al cincuenta por ciento [50%] de ahorro mes en las pensiones a pagar¹⁸, lo cual no quedó demostrado que efectivamente ocurrió con los medios probatorios allegados al proceso.

6. En los anteriores términos, la Sala comprende que la obligación de pagar la comisión de éxito que se exige del Departamento del Valle del Cauca se subordinó en su exigibilidad a una condición positiva suspensiva y casual, esto es, al alcance de unos ahorros mensuales superiores a doscientos treinta millones de pesos [\$230.000.000.00], siempre que se lograra la recuperación de dichos ingresos,

¹⁸ De acuerdo con el PARÁGRAFO I del contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y el Departamento del Valle del Cauca se “pagará una **comisión de éxito** de acuerdo a los términos de la propuesta, equivalente al 50% ahorro mes, y por una sola vez, cuando los ahorros mensuales sean superiores a doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000,00), situación ésta que empezará a operar una vez terminado el contrato, y sean entregados los resultados concretos que le permitan a la Administración Departamental, tener la certeza jurídica de la recuperación de dichos ingresos” [subrayado fuera de texto].

como resultado del producto contratado por virtud del contrato de prestación de servicios con la demandante, lo que no ocurrió con base en los elementos probatorios allegados al proceso.

7. Se reitera por la Sala, si bien del acervo probatorio, especialmente del análisis de las Resoluciones demandadas, del contrato y de los elementos aportados por la demandante se encuentra que el contrato de prestación de servicios se realizó en el término y condiciones fijadas, y se produjeron los desembolsos de los pagos por la entidad demandada, no obra ningún medio probatorio que permita con certeza, suficiencia y verosimilitud determinar que la recuperación, o los ahorros mensuales a favor del Departamento del Valle del Cauca se hayan probado, o hayan ingresado al patrimonio de dicha entidad, no era dable exigir dicha prestación ya que al existir la condición, y al no haberse producido el acontecimiento a la que se ligada la misma, la entidad demandada quedó liberada de cualquier vínculo que podía atarla a la mencionada obligación, razones que implican que tanto la Resolución 0087 de 10 de septiembre de 2001, como la 159 de 21 de octubre de 2001 mantienen incólumes su presunción de legalidad, ya que para el momento de la liquidación efectuada por la entidad demandada no podía exigirse pago alguno por concepto de una comisión de éxito existiendo una condición que al no haber probado su cumplimiento no podía desprender como consecuencia su pago al no haber surgido aún el derecho.

8. Con base en los argumentos anteriores la Sala confirma la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó la totalidad de las pretensiones.

9. 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, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de 13 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle que negó la totalidad de las pretensiones, con base en los argumentos de la presente providencia.

SEGUNDO. ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado