

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13001-23-33-000-2019-00276-00
Demandante	SPS ASOCIADOS S.A.
Demandado	TRANSCARIBE S.A.
Tema	PRIMA DE ÉXITO EN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – NO SE PROBÓ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA IMPROCEDENCIA ACTIO IN REM VERSO
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales promueve SPS ASOCIADOS S.A. contra TRANSCARIBE S.A.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA¹

1.1 Pretensiones²

Principales del medio de control de controversias contractuales

"1. Se condene TRANSCARIBE S.A a que reconozca y pague a SPS ASOCIADOS S.A.S., la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$780.520.178), por concepto de la prima o comisión de éxito por la prestación de los servicios de estructuración financiera y posterior colocación del crédito respecto del Contrato de Suministro No. TC-LPN-002-2017 y del Contrato accesorio de Crédito de fecha 27 de diciembre de 2017, celebrados entre TRANSCARIBE S.A. y SCANIA COLOMBIA S.A.S., de conformidad con la Cláusula 5 del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo

¹ Fols. 1-20 del Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

² Fols. 2-3 del Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

a la Gestión No.043 de febrero 19 de 2015 suscrito entre TRANSCARIBE S.A. y SPS ASOCIADOS S.A.S.

2. Que se condene a TRANSCARIBE S.A. a reconocer y pagar a SPS ASOCIADOS S.A.S los intereses moratorios sobre la suma de SETECIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$780.520.178) indicada en la pretensión anterior, a partir de los 30 días posteriores a la adjudicación de los contratos (No. TC-LPN002-2017 y su accesorio de Crédito) hasta la fecha en que el pago de la prima o comisión de éxito efectivamente se produzca.”

Subsidiarias del medio de control de Reparación Directa

“1. DAÑO EMERGENTE: Se condene TRANSCARIBE S.A a que reconozca y pague a SPS ASOCIADOS S.A.S., la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$780.520.178), por concepto del valor de los servicios de estructuración financiera y posterior colocación del crédito prestados respecto del Contrato de Suministro No. TC-LPN-002-2017 y del Contrato accesorio de Crédito de fecha 27 de diciembre de 2017, celebrados entre TRANSCARIBE S.A. y SCANIA COLOMBIA S.A.S.”

2. LUCRO CESANTE: Que se condene a TRANSCARIBE S.A. a reconocer y pagar a SPS ASOCIADOS S.A.S los intereses moratorios sobre la suma de SETECIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$780.520.178) indicada en la pretensión anterior, a partir de los 30 días posteriores a la adjudicación de los contratos (No. TC-LPN-002-2017 y su accesorio de Crédito) hasta la fecha en que el pago de la prima o comisión de éxito efectivamente se produzca.”

1.2 Hechos³

Los supuestos fácticos aducidos por la demandante se resumen así:

Del medio de control de controversias contractuales

El 19 de febrero de 2015 SPS Asociados S.A. celebró con Transcaribe S.A. contrato No. 043 de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, cuya vigencia se extendió hasta el 30 de junio de 2017, a través del

³ Fols. 3- 14 del Archivo digital “01ExpedienteCuaderno1”



último Otrosí suscrito el 6 de abril de 2017. El objeto contratado consistió en: *"... la estructuración financiera y posterior colocación de un crédito sindicado para la financiación de los recursos necesarios para el proceso de adquisición de la flota de vehículos nuevos que se requieren para la prestación del servicio de transporte masivo en la ciudad, así como la contratación de los procesos necesarios para realizar la logística y operación, abastecimiento y mantenimiento de la flota en mención (...)"*.

La cláusula 5 del contrato celebrado estableció el valor del contrato y la forma de pago, determinando una comisión o prima de éxito a favor del contratista, equivalente al 1% más IVA sobre los recursos debidamente contratados como producto de la gestión realizada por este, como estructurador de la operación de crédito público aprobada y desembolsada a Transcaribe S.A.

Transcaribe S.A. venía reconociendo y pagando a SPS Asociados S.A. la citada prima de éxito, pero no lo hizo en relación al contrato de suministro No. TC-LPN-002-2017 y su accesorio de crédito celebrados el 27 de diciembre de 2017, entre Transcaribe S.A. con SCANIA COLOMBIA S.A., que asciende a la suma de \$ 780.520.178, a pesar de que adelantó y ejecutó las actividades de estructuración financiera para la obtención del crédito.

El 14 de febrero y 23 de marzo, de 2018, SPS Asociados S.A. solicitó a Transcaribe S.A. liquidar y pagarle la prima de éxito correspondiente, recibiendo respuesta negativa de la entidad mediante comunicación TC-DAF-07.01-0752-2018 de fecha 11 de mayo de 2018, en la que le indicaron que los créditos que acompañó únicamente los contratados con GNB Banco Sudameris, Colpatria Multibanca e Infivalle, los cuales le fueron cancelados, por lo tanto, no se le debe suma alguna.

Subsidiarios del medio de control de Reparación Directa

Se adiciona a los hechos anteriores que, SPS Asociados S.A. mediante varias comunicaciones solicitó a Transcaribe S.A. prorrogar o ampliar el plazo de vigencia del contrato No. 043 de 2015, pero esta mantuvo abstención en acceder a dicha petición, sin embargo, continuó exigiendo y requiriendo los

servicios de asesoría financiera de SPS Asociados S.A.S. en el proceso licitatorio para consecución del crédito para la flota de nuevos buses, para soportar y estructurar la financiación del proceso de licitación TC-LPN-002-2017, por lo que la sociedad continuó proyectando respuestas financieras a peticiones presentadas por los participantes del proceso licitatorio TC-LPN-002-2017.

La negativa de Transcribe S.A. en reconocer y pagarle por los servicios prestados a SPS Asociados S.A.S., configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y en detrimento de la demandada, y que la primera obtuvo los servicios que hicieron posible los recursos financieros del contrato TC-LPN-002-2017 y su accesorio de crédito, mientras que la segunda, dejó de recibir honorarios, prima de éxito o retribución correspondiente a los servicios que prestó por solicitud y requerimiento de Transcribe.

2. Contestación

2.1. Transcribe S.A.⁴

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis que, Transcribe S.A. no es responsable contractual ni extracontractualmente por las reclamaciones que realiza la demandante, al no existir obligación de pago de prima o comisión de éxito.

En el contrato de suministro TC-LPN-002-2017 y el contrato de crédito accesorio, ambos celebrados el 27 de diciembre de 2017 entre Transcribe S.A. y Scania Colombia S.A.S., no hubo prestación de servicios de estructuración financiera de parte de SPS Asociados S.A.S., pues el proceso de licitación se suspendió dos veces para buscar un evaluador financiero, lo que indica que la hoy demandante no estaba asumiendo ese deber, y esto, precisamente porque para la fecha en que inició la licitación pública, ya el contrato No. 043 de 2015 había finalizado desde el 30 de junio de 2017.

⁴ Fols. 81- 93 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

Los motivos del no pago de la prima solicitada obedecen a varias razones, así: en el contrato No. 043 de 2015 no se pactó ese pago en los créditos proveedor como el reclamado, sino únicamente para los créditos sindicados; el contrato No. 043 de 2015 ya estaba finalizado para el momento de la licitación del contrato que deprecia; durante este proceso contractual no hubo gestión de la demandante, prueba de ello es que se debió contratar un evaluador financiero que apoyara el proceso y; por último, el pliego de condiciones de la licitación TC-LPN-002-2017 no contempló comisión o prima de éxito.

El hecho 9 es falso porque los documentos de reuniones y correos que se quieren traer como prueba de la gestión de SPS Asociados fueron realizadas directamente por Alexander Castaño en ejecución del contrato 053 de 2017 que suscribió directamente con la entidad, y no en representación de SPS Asociados S.A.

Si bien se certificaron las labores de la accionante en el informe 001 de 2 de febrero de 2017, tales actividades se ejecutaron en los dos procesos licitatorios para compra de buses padrones que quedaron desiertos, es decir, no fueron exitosos, de manera que solo se adjudicó el contrato 02-2017 en una tercera licitación, en la que no intervino la demandante.

Propuso las excepciones de:

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido: no se cumplen condiciones contractuales que den lugar al pago solicitado, por lo que tal obligación es inexistente.

Pago: sobre el único crédito sindicado gestionado por la demandante, se le pagó la prima correspondiente.

Atípica o Innominada: respecto del único crédito sindicado acompañado por la banca de inversión en cabeza de la demandante fue pagada la prima por Transcribe S.A. y recibida por el contratista en debida forma.

Ausencia de regla creada en el pliego de condiciones: si bien la minuta inicial del contrato No TC-LPN-002-2017 contenía el pago de prima o comisión de éxito, fue retirada porque no estaba incluida en el pliego de condiciones.

Excepción Non adimpleti contractus: Es incoherente que SPS Asociados reclame un pago de prima de un crédito en el que no intervino, por lo que no es procedente su reclamo ni contractualmente, ni como actio in rem verso, ya que no adelantó ninguna gestión en ese crédito.

3. Actuación procesal

El presente proceso fue admitido el 28 de junio de 2019⁵, se llevó a cabo la audiencia inicial el 14 de septiembre de 2020⁶, diligencia que continuó y terminó el 28 de septiembre de 2020⁷. Se llevó a cabo audiencia de pruebas el 20 de octubre de 2020⁸, y en esta se ordenó cerrar el debate probatorio y se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para la presentación de alegatos de conclusión.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Alegatos de la demandante⁹

Plantea en resumen lo siguiente:

Reafirma las pretensiones de la demanda, precisando que el testimonio de la doctora Ercilia Barrios, Representante Legal y jefe de la oficina jurídica de Transcaribe S.A. declaró que la demandada no contrató a ningún estructurador financiero distinto a SPS Asociados para este fin, por lo que no fue el señor Alexander Castaño, sino SPS Asociados quien llevó a cabo la evaluación y propuesta financiera en la licitación que culminó con el contrato de suministro TC LPN 002-2017.

El testimonio del señor Alexander Castaño Beleño explica los detalles de la gestión realizada por la sociedad en el marco del proceso de licitación TC-LPN 002-2017, como, por ejemplo, los estudios de capacidad financiera de Transcaribe y el modelo de financiación y pago que acompañaría al crédito. No existe prueba alguna sobre la manifestación en la contestación

⁵ Fols. 64- 68 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

⁶ Fols. 117- 121 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

⁷ Fols. 127- 133 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

⁸ Fols. 134- 137 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

⁹ Archivo digital "04AlegatosParteDemandante"

de la demanda de que el proceso tuvo que ser suspendido dos veces por falta de evaluador financiero.

Transcaribe utilizó los documentos preparados y entregados por la demandante, para abrir la licitación pública TC LPN 002-2017, lo que se corrobora porque se ingresaron al sistema el 10 de julio de 2017, y con el testimonio del señor Castaño Beleño.

Quedó demostrado que el pago de la prima de éxito se hacía en cualquier sistema de financiación, crédito sindicado o de proveedor, y la condición para el pago era el resultado, es decir, la suscripción del contrato, y en este caso, el éxito de la operación se causó cuando el crédito efectivamente quedó a nombre de la entidad.

Finalmente, concluye que se demostró el cumplimiento de lo acordado contractualmente en cuanto a la gestión de estructuración financiera y posterior obtención del crédito otorgado por SCANIA COLOMBIA S.A.S. a TRANSCARIBE S.A. para el Contrato de Suministro No. TC-LPN-002-2017 y su accesorio de crédito derivados de la licitación, de fecha 27 de diciembre de 2017, por lo que, deben prosperar todas las pretensiones solicitadas con la demanda.

4.2. Alegatos de la demandada¹⁰

Reitera su oposición a los hechos y pretensiones de la demanda, ahondando en los siguientes aspectos:

La diferencia entre las dos operaciones de créditos, de proveedores y el sindicado, para aclarar que era sobre este último era que únicamente estuvo pactado en el contrato No 043 de 2015, el pago de la prima estipulado en la cláusula 5. Pero en el contrato de Transcaribe S.A. con Scania Colombia S.A. se trató de un crédito a proveedor.

El contrato con la demandante finalizó por vencimiento el 30/06/2017, mientras que la licitación TC-LPN-002-2017 se publicó el 10/07/2017,

¹⁰ Fols. 141- 155 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"



resultando fallido en tres intentos, por lo que se ajustaron los documentos y se contrató la asesoría de la firma Garriguez Colombia S.A.S. bajo contrato No 097 de 2017, aportado por Transcribe. Por lo tanto, la accionante no logró la adjudicación de crédito a proveedor cuya comisión de éxito reclama, por lo tanto, no hay lugar a ningún pago.

4.3. Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 152 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia del presente asunto.

2. Problema jurídico

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico se contrae a resolver los siguientes interrogantes:

Tratándose de pretensiones en ejercicio del medio de control de controversias contractuales se debe determinar ¿Si SPS Asociados S.A.S. en el marco de la ejecución del contrato No. 043 de 2015 de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión celebrado con Transcribe S.A. tenía o no derecho al reconocimiento y pago de la comisión o prima de éxito por la efectiva suscripción de los contratos de suministro y accesorio

de crédito proveedor TC-LPN-002-2017 del 27 de diciembre de 2017 de la demandada con la empresa SCANIA COLOMBIA S.A.S.?

De ser negativa la solución al primer planteamiento, se procederá a desatar el siguiente cuestionamiento:

Tratándose de pretensiones en ejercicio del medio de control de reparación directa se debe determinar: *¿Si existió enriquecimiento sin causa de Transcaribe S.A. en detrimento de la demandante, con ocasión a la celebración de los contratos de suministro y accesorio de crédito proveedor TC-LPN-002-2017 del 27 de diciembre de 2017 de la demandada con la empresa SCANIA COLOMBIA S.A.S. por el no pago de la comisión o prima de éxito? y, en caso afirmativo, ¿Si se cumplen en el sub iudice, los requisitos de procedencia excepcional de la actio in rem verso?*

3. TESIS

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda de controversias contractuales al encontrar probado que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de éxito reclamada. De igual forma, se negarán las pretensiones del medio de control de reparación directa, al no estar acreditada la fuente de la que se deriva el supuesto enriquecimiento sin causa de la demandada en detrimento de la demandante, sumado a la improcedencia excepcional de la actio in rem verso en el presente caso.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1. Del Contrato estatal

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 faculta a cualquiera de las partes de un contrato Estatal para pedir al juez que se declare su existencia, o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras



declaraciones y condenas, al igual que liquidar judicialmente el contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo o se superaron los términos para hacerlo unilateralmente.

El artículo 41 ibidem establece como presupuesto para la formación de un contrato estatal que conste por escrito. Esta exigencia constituye un requisito *ad substantiam actus*, ya que el contrato solo puede nacer a la vida jurídica cuando “*las partes efectivamente plasmen por escrito su acuerdo sobre el objeto y sobre la contraprestación*”¹¹. Igualmente, en la contratación estatal está proscrito pactar cláusulas de prórroga automática, reconducción del contrato, y renovación tácita. Las razones que fundamentan esta exclusión se concretan en cuatro:

- *Los contratos estatales solo se perfeccionan cuando consten por escrito. Esta solemnidad constituye un requisito ad substantiam actus para que nazca a la vida jurídica el acto jurídico*¹². Con ello, queda expresamente prohibido que se pacten cláusulas que extiendan el plazo del contrato sin efectuarse el respectivo procedimiento para la formación de contratos estatales. Esta restricción hace inaplicables los artículos 2014 del Código Civil y 518 del Código de Comercio en la contratación estatal.
- *Las cláusulas de prórroga automática dan lugar a un derecho de permanencia indefinida en la relación contractual. Lo anterior, conlleva a que se afecten los principios de igualdad moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función administrativa consagrada en el orden constitucional*¹³.
- *La renovación tácita del derecho comercial se opone a los principios de planeación de la Hacienda Pública, así como a los de gestión de bienes y recursos del Estado. La contratación se erige como una herramienta para ejecutar el Plan Nacional de Desarrollo. Si se protegiese la inamovilidad de los particulares se estarían comprometiendo los presupuestos de ingresos y gastos dentro de las vigencias predeterminadas. En otras palabras, se estaría afectando el interés general para proteger al contratista.*
- *La Ley 80 de 1993 impone a los particulares contratistas el deber de colaboración con el logro de los fines y la función social del contrato, sin perjuicio del derecho individual a obtener utilidades en la ejecución del mismo.*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No. 25000-23-26-000-2002-00178-02(30683), Sentencia del 16 de septiembre de 2013.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No. 25000-23-26-000-2001-02337-01(27875), Sentencia 29 de mayo de 2013.

¹³ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 209.



En este sentido, se hace evidente la primacía del interés general en la contratación pública.

4.2. Comisión de éxito – Contrato prestación de servicios

Sobre la cláusula de comisión o prima de éxito pactada en los contratos de prestación de servicios, el Consejo de Estado ha fijado las siguientes reglas:

“(…) 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 de conmutatividad:

(1) por virtud del principio de planeación 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 irrazonable, que pueda afectar el interés público o general, 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 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.



(...)” (Negrillas son de la Sala de decisión)

4.3. De la procedencia excepcional de las pretensiones de Actio In Rem Verso

Se ha ocupado la jurisprudencia del Consejo de Estado en establecer los casos de procedencia excepcional de las pretensiones de actio in rem verso para reclamar enriquecimiento sin causa, de la siguiente forma:

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

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

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del



legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.”¹⁴

5. Caso concreto

5.1 Hechos probados

- Contrato de Prestación de servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión No. 043 de febrero de 2015¹⁵, suscrito entre TRANSCARIBE S.A. y SPS ASOCIADOS S.A. y Copia del Otrosí No. 6 de 24 de abril de 2017, que extendió la vigencia del contrato al 30 de junio de 2017¹⁶.
- Copia del Contrato de Suministro No. TC-LPN-002-2017 y su accesorio Contrato de Crédito, ambos de fecha 27 de diciembre de 2017, celebrados entre TRANSCARIBE S.A. y SCANIA COLOMBIA S.A.S.¹⁷
- Copia de correo electrónico de fecha 21 de julio de 2017, remitido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Transcaribe S.A. a los correos fsarmiento@transcaribe.gov.co y acastano@sps-asociados.com este último figura a nombre de Alexander Castaño Beleño, para dar respuesta a petición de Liberty Seguros S.A. en relación con el proceso licitatorio No. TC-LPN-002-17.¹⁸
- Copia del Acta de audiencia de Asignación de riesgos previsibles de la licitación pública TC-LPN-002-2017 de 11 de agosto de 2017, en la que figura como asistente, Alexander Castaño B. como asesor externo.¹⁹
- Copia documento sin fecha “Justificación de las inversiones a realizar, para poder llevar a cabo la licitación pública TC-LPN-002-2017”, suscrito por Alexander Castaño Beleño como director general de SPS Asociados S.A.S.²⁰.
- Comunicación de fecha 15 de febrero de 2018²¹, de SPS Asociados a Transcaribe S.A. cobrando honorarios por valor de \$780.520.178. calculados sobre el 1% del contrato de crédito suscrito entre

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Sentencia del 19 de noviembre de 2012. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵ Fols. 62- 71 del Archivo digital “01ExpedienteCuaderno1”

¹⁶ Fol. 81 del Archivo digital “01ExpedienteCuaderno1”

¹⁷ Fols. 37- 72 del Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

¹⁸ Fol. 94 del Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

¹⁹ Fols. 96- 104 del Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

²⁰ Fols. 122- 134 del Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

²¹ Fols. 135- 136 del Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”



Transcaribe S.A. con Scania Colombia S.A. producto de la labor de estructuración de la operación realizada.

- Comunicación enviada por SPS Asociados a TRANSCARIBE S.A. el 28 de marzo de 2018²² solicitando nuevamente el pago de la prima de éxito del 1% más IVA, respecto del contrato de crédito suscrito entre Transcaribe S.A. con Scania Colombia S.A.
- Comunicación TC-DAF-07.01-0752-2018 fechada el 11 de mayo de 2018²³ de Transcaribe S.A., por medio de la cual responde a SPS Asociados S.A.S. indicando que la entidad no le adeuda suma alguna.
- Misiva SPS-00-0124-2017 remitida por la demandante a Transcaribe S.A. el 30 de junio de 2017²⁴ solicitando ampliar el plazo del contrato CPS-043-2015 en vista de las gestiones adelantadas por SPS Asociados para la contratación de buses padrones para el sistema Transcaribe.
- Contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión No. 053 celebrado el 8 de junio de 2017²⁵ entre Transcaribe S.A. y Alexander Castaño Beleño con plazo de 3 meses.
- Copia de la Resolución No. 143 del 29 de septiembre de 2017²⁶, por la cual se suspendió el proceso licitatorio TC-LPN-002-2017, con la finalidad de que las ofertas recibidas fueran revisadas por un evaluador financiero. Y de la Resolución No.150 del 17 de octubre de 2017²⁷, por no haber terminado la gestión de revisión de las propuestas.
- Contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión No. 097 celebrado el 15 de diciembre de 2017²⁸ entre Transcaribe S.A. y Sociedad Garrigues Colombia S.A.S. con plazo de 8 días.
- Pliego de condiciones licitación pública TC-LPN-002 de 2017.
- Testimonio del señor ALEXANDER CASTAÑO BELEÑO rendido durante la audiencia de pruebas practicada el 20/10/2020²⁹, quien manifestó:

²² Fols. 138- 139 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

²³ Fols. 141- 142 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

²⁴ Fols. 24- 25 del Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

²⁵ Archivo digital "Contrato Alex Castaño" CD Contestación demanda

²⁶ Archivo digital "DA_PROCESO_17-1-176298_213000043_33997751" CD Contestación demanda

²⁷ Archivo digital "DA_PROCESO_17-1-176298_213000043_34621748" CD Contestación demanda

²⁸ Archivo digital "Contrato Sociedad Garrigues Colombia" CD Contestación demanda

²⁹ CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.





Sobre las actividades y gestiones realizadas por SPS Asociados S.A. en ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con Transcaribe S.A. expresó:

"(...) Minuto 17:30 Preguntado: Preguntado: ¿...cuales fueron específicamente los servicios y trabajos que realizó SPS Asociados en la preparación de la licitación pública TC-LPN-002 de 2017 para lograr la estructuración financiera y posterior obtención del crédito...? (...) Contestó: SPS elabora en excel, usando el archivo excel monta un modelo financiero que es el que determina los flujos, la capacidad financiera de pago, las garantías, los balances, los estados de pérdida y mira que es factible hacer el pago del crédito, ese documento se lleva a una presentación... que forma parte de un anexo técnico dentro de la licitación y se arma otro documento que se llama memorando informativo, que es donde se explica de que se trata la operación la operación desde el punto de vista técnico financiero, y esos son soportes que forman parte de todo el proceso licitatorio, esos documentos son los que se llevan a la licitación del mes de abril que es la que se queda suspendida, y esos mismos documentos son los que se llevan a la licitación que se abre luego en julio o en agosto, porque es la parte técnica financiera que forma parte del proceso licitatorio que adelanta Transcaribe (...)."

En cuanto a las actividades realizadas por SPS Asociados S.A.S. con posterioridad a la finalización del contrato de prestación de servicios, 30 de junio de 2017, detalló:

"(...) Minuto 27:28 ¿Indíquele a esta Corporación, después del 30 de junio de 2017 SPS siguió prestándole servicios a Transcaribe S.A. en, frente a la licitación pública TC-LPN-002 de 2017? Contestó: Para esa fecha SPS ya no tenía contrato, digamos que lo que hacía SPS era dar soporte en las preguntas que se hacían que como te decía ahorita eran más de forma que de fondo, porque como yo estaba ahí en SPS, perdón en Transcaribe, cualquier pregunta financiera sobre el contrato eran remitidas a mí, y pues yo las solucionaba con el equipo financiero de SPS que es el que maneja el tema y se daba respuesta, pero no había un contrato formal porque el contrato no se siguió extendiendo. (...) Preguntado: ¿Sin embargo, todas las preguntas que realizaba Transcaribe SA frente a los temas financieros las respondía SPS como banca de inversión? Contestó: Si claro porque el interés



era que la operación se cerrara, que el crédito se llevara al final porque si no la estructura iba a quedar perdida... (...)"

Sobre la vinculación del testigo como contratista de Transcribe S.A. y las labores realizadas en este marco, explicó que, si estuvo vinculado contractualmente en forma personal con esa entidad y que atendía las preguntas técnicas y financieras, aunque estas últimas no hacían parte de su contrato:

"(...) 31:10 Preguntado: apoderada accionada: Usted acompañaba las audiencias al interior de la licitación pública TC-LPN-002 del 2017? ... Contestó: Si, si, yo estuve acompañando esos procesos. Preguntado: Su acompañamiento en las audiencias la hacía en representación de SPS o en la ejecución del contrato que usted tenía suscrito con la entidad, específicamente el número 053 del 8 de junio de 2017? Contestó: La hacía para todos los temas técnicos bajo el contrato de vinculación que tenía con Transcribe, ya pues las preguntas financieras ya no van dentro de ese contrato, pero también las atendía. (...)"

En cuanto a las condiciones en que se cumplían para el pago de la comisión de éxito en la práctica describió que en el contrato de Buscar fue necesario que en el contrato accesorio de crédito estuviera pactada la misma y se requería la firma de Transcribe para que pudiera ser pagada, no obstante, para el caso del contrato de Scania aclaró que aunque estuvo pactada, posteriormente fue eliminada, por lo que no quedó establecida dicha responsabilidad de pago:

Minuto 36:37: Preguntado: Para poder hacer el pago Transcribe S.A. de la comisión de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios, que se requería obtener, específicamente en el contrato celebrado con Buscar de Colombia...? Contestó: Es correcto, las licitaciones llevan dos contratos, un contrato principal que es el contrato de suministro, y un contrato accesorio que es el de crédito, el contrato accesorio que forma parte del proceso contractual lleva entre sus condiciones la comisión de éxito por pago al estructurador, esa comisión de éxito queda fijada en ese contrato, y cuando Transcribe lo firma, es cuando el proveedor procede al pago de la comisión de éxito que fue el caso de Buscar, en el caso de Scania en ese contrato accesorio estaba también estipulada la comisión de éxito del estructurador,



pero durante el proceso licitatorio, en agosto, en septiembre, cuando estaba el proceso licitatorio, Scania hace la consulta y pregunta si es necesario pagar esa comisión a SPS, al estructurador, y mediante una adenda se le dice a Scania que eso no se va a pagar, se elimina esa obligación de Scania y esa obligación no queda en el contrato accesorio de crédito a cargo, como una responsabilidad a cargo de Scania, se elimina esa responsabilidad a Scania.(...)"

Frente a su conocimiento sobre la estructuración definitiva que respaldó el proceso de licitación TC-LPN-002 del 2017 manifestó que no le consta si la versión final fue la misma estructuración realizada por SPS o si sufrió modificaciones, así:

"(...) Minuto 38:15 Preguntado: Como usted manifiesta en su deposición que estuvo involucrado durante todos los procesos de contratación que fueron consecuencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre SPS y Transcribe, eh quiero que nos conteste y al despacho, si la empresa SPS hizo la estructuración del contrato de crédito que se firmó con el contratista Scania de Colombia que resultó adjudicatario de la licitación pública TC-LPN-002 del 2017? contestó: No puedo responderlo con firmeza porque no se si el documento o contrato de crédito que se firmó varió del contrato de crédito que se estructuró, porque SPS entrega un contrato que se coloca en los pliegos, y ese contrato pudo haber sufrido modificaciones, entonces no se si es exactamente el mismo, o si fue diferente. (...)"

- Testimonio de la señora ERCILIA BARRIOS FLOREZ rendido durante la audiencia de pruebas practicada el 20/10/2020³⁰, quien manifestó:

"(...) Minuto 51:17 Diga la declarante, si Transcribe SA celebró un contrato de asesoría financiera con una banca de inversión para obtener asesoría en la licitación pública TC-LPN-002 del 2017, en caso afirmativo, indique el nombre de esa banca? Contestó: No, no se celebró contrato de crédito, se celebró un contrato con una firma, para la construcción del contrato de crédito que se firmó con Scania de Colombia, que es la firma Garrigues. Preguntado: Para la estructuración financiera no contrataron a nadie? Contestó: No. Preguntado: Entonces

³⁰ CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.



explíqueme a esta Corporación, quien realizó la estructuración técnica y financiera que uso Transcribe en la licitación TC-LPN-002 del 2017? Contestó: La estructuración técnica, los documentos que sustentan el proceso de selección en el sentido de estudios previos fue estructurada por la dirección de operaciones que era la dirección responsable de la estructuración del proceso de selección. Minuto 52:32 Preguntado: En los documentos de la licitación hay un documento en el que manifiestan que todo el tiempo estuvieron acompañados de una banca de inversión, cual fue? Contesto: En ese proceso no hubo contratación de una banca de inversión. Preguntado: Los documentos que se anexaron en la licitación pública TC-LPN-002 de 2017 fueron los que elaboró en su momento SPS Asociados SAS? Contestó: Ya un segundo ... el documento anexo 1 especificaciones técnicas para la adquisición de la flota fue elaborado por la dirección de operaciones, el anexo 2 matriz de riesgos fue elaborado por la oficina asesora jurídica, el anexo número 3 minuta del contrato fue elaborado por una firma de abogados que apoyaba a Transcribe en el momento del proceso de selección que era Bviveros y Asociados, el anexo número 4 que se identifica como concepto favorable alcalde crédito proveedor fue firmado por Manuel Vicente Duque... el anexo número 5 justificación utilidad de las inversiones a realizar fue elaborado fue un documento elaborado por SPS Asociados... el anexo número 6 certificado viabilización y registro del proyecto fue un documento firmado por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena (...)"

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Pretende la demandante **en ejercicio del medio de control de controversias contractuales**, que Transcribe S.A. le reconozca y pague la suma de \$ 780.520.178, por concepto de prima o comisión de éxito, como producto de la labor que adelantó de estructuración financiera para la celebración del contrato de suministro No. TC-LPN-002-2017 y el accesorio de crédito de fecha 27 de diciembre de 2017, en cumplimiento de la cláusula 5 del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión No. 043 de 2015, que había suscrito con la demandada.

Dentro de las excepciones propuestas por la demandada, se encuentra la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, encaminada a demostrar que no hay condiciones contractuales que generen obligación de pago alguno. Por resultar esta excepción directamente relacionada con el primer interrogante del problema jurídico planteado, se entrará a abordar su estudio de acuerdo con las pruebas del proceso.

Así mismo como pretensión subsidiaria, la actora, solicita el reconocimiento de la actio in rem verso, en ejercicio del medio de control de reparación directa.

En este contexto procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Viene acreditada la relación contractual que existió entre Transcaribe S.A. con SPS Asociados S.A.S., en virtud del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión No. 043 de febrero de 2015³¹, finalizado el 30 de junio de 2017 por terminación del plazo de vigencia. El citado contrato en la cláusula 5 reguló el valor y forma de pago, así:

“La asesoría para la consecución del crédito, requiere el pago de una comisión de éxito equivalente al UNO POR CIENTO (1,0%) MÁS IVA, calculado sobre los recursos debidamente contratados producto de la gestión realizada por él contratista en su labor como estructurador de la operación de crédito público que le sea aprobada y desembolsada a TRANSCARIBE S.A.

El valor a liquidar como prima de éxito se pagará previa expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal que ampare el acta de liquidación parcial o total que determine la prima de éxito. El pago se realizará contra el primer desembolso del crédito.”

Precisa la Sala, en primer lugar que, según la literalidad de la cláusula transcrita, la prima de éxito no estaba restringida a un tipo de crédito

³¹ Fols. 62- 71 del Archivo digital “01ExpedienteCuaderno1”



específico como el sindicato, tal como lo pretende hacer ver la demandada; pues se pactó para la operación de crédito público en forma general, sin que en manera alguna estuviera sujeta a un determinado tipo de crédito.

En segundo lugar, que el monto de la prima de éxito se causaba como resultado de la gestión de estructuración de la operación del crédito que fuera efectivamente aprobado y desembolsado a Transcribe S.A., y se debía calcular sobre los recursos debidamente contratados; quiere esto decir que, para que pudiera generarse el reconocimiento y pago de la prima de éxito, no era suficiente adelantar una gestión, si la misma no cumplía la condición de obtener el resultado exitoso, esto es, la aprobación del crédito más el desembolso efectivo a la contratante.

Interpretación esta, que guarda completa armonía con el marco jurisprudencial trazado en esta providencia, si se observa que el Consejo de Estado expresamente demarcó dentro de las reglas que rigen la materia, que la comisión de éxito solo se puede reconocer siempre y cuando se logre el beneficio o éxito; no habiendo lugar a ser percibida por la simple ejecución del contrato, si no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público.

En ese orden, en el sub examine, la Sala con base en las pruebas arrojadas al plenario, pudo verificar que, la demandante tal como lo afirma, durante la ejecución del contrato No. 043 de 2015 realizó algunas gestiones en el marco del primer proceso de licitación para la contratación de buses padrones para el sistema Transcribe, elaborando documentos como: *Diapositivas sobre operación de crédito proveedor abril 2017*³², *documento sin fecha "Análisis económico del sector para seleccionar las propuestas más favorables para la adquisición de vehículos padrones para la operación de la porción No. 2 del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena de Indias TRANSCARIBE"*³³, *documento sin fecha "Justificación de las inversiones a realizada para poder llevar a cabo la licitación pública TC-LPN-*

³² Fols. 176-194 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

³³ Fols. 105-121 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"



002-2017, suscrito por Alexander Castaño³⁴, borrador del contrato, entre otros.

Ahora bien, aunque estas gestiones fueron realizadas en vigencia del vínculo contractual con la demandada, los testimonios rendidos por los señores Alexander Castaño Beleño y Ercilia Barrios Flores³⁵ coinciden en señalar que, en últimas, el proceso de licitación No. TC-LPN-002-2017 que culminó con la suscripción de los contratos de suministro y accesorio de crédito exitoso, no contó con la asesoría y participación de SPS Asociados, por cuanto el contrato ya había finalizado. De igual forma, se desprende de sus relatos, que previo a la última licitación, hubo dos que resultaron fallidas, lo que obligó a que los documentos que inicialmente soportaron los intentos fallidos, y en los que pudo haber asesoría de SPS Asociados, debieron ser modificados.

En ese sentido, para la Sala no hay duda de que, en el presente asunto, la demandante no pudo cumplir la condición necesaria para que se causara el reconocimiento y pago de la prima de éxito, toda vez que, el término del contrato No. 043 de 2015 feneció el 30 de junio de 2017, sin que en esa fecha se hubiese obtenido la aprobación y desembolso del crédito, lo cual solo se obtuvo con el contrato de suministro y accesorio de crédito TC-LPN-002-2017, el 27 de diciembre de 2017.

Así, según las reglas jurisprudenciales no hay lugar a ser percibida la comisión de éxito por la simple ejecución del contrato, como ha acontecido en este asunto, en donde está demostrado que a pesar de las gestiones realizadas por SPS Asociados S.A. al inicio del proceso precontractual, no logró durante la ejecución de su contrato de prestación de servicios, obtener el resultado al que estaba condicionado el pago de la remuneración deprecada.

Lo anterior es tan evidente que el proceso de licitación TC-LPN-002-2017 que prosperó solo inició el 9 de agosto de 2017 mediante Resolución 115³⁶, es decir, pasado más de un mes desde la terminación del vínculo contractual

³⁴ Fols. 122- 134 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

³⁵ CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.

³⁶ Ver Resolución No. 143 del 29 de septiembre de 2017 en Archivo digital "DA_PROCESO_17-1-176298_213000043_33997751" CD Contestación demanda

entre demandante y demandada, se suspendió en dos ocasiones mientras se adelantaba revisión de las propuestas ofertadas³⁷, y finalmente, se logró la celebración del contrato de suministro No. TC-LPN-002-2017 y el accesorio de crédito de fecha 27 de diciembre de 2017, luego de que se contrataran los servicios de apoyo a la gestión de la Sociedad Garrigues Colombia S.A.S., mediante contrato No. 097 celebrado el 15 de diciembre de 2017³⁸, entidad que, de acuerdo con el testimonio de la señora Ercilia Barrios Flores fue la que estuvo a cargo de la elaboración del contrato que suscribió Transcribe S.A. con Scania de Colombia.

En ese orden de ideas, esta Corporación evidencia en este asunto, que no solo no se logró el éxito del que eventualmente hubiera podido derivar el derecho a que se pagara la comisión reclamada, sino que no está demostrado que las gestiones de la demandante hayan sido trascendentales y definitivas para que se diera la suscripción del contrato y desembolso a Transcribe S.A. con ocasión del crédito TC-LPN-002-2017, esto, por lo prematuro en que quedó el proceso de contratación hasta la fecha en que lo acompañó, teniendo en cuenta que ni siquiera se había logrado la licitación y mucho menos la adjudicación a un ofertante, por lo tanto, resultaba imposible en ese momento conocer cuál sería el resultado de ese proceso de contratación.

Corolario del análisis expuesto, SPS Asociados S.A.S. no tiene derecho al reconocimiento y pago de la comisión o prima de éxito con ocasión a la efectiva suscripción de los contratos de suministro y accesorio de crédito proveedor TC-LPN-002-2017 del 27 de diciembre de 2017 celebrados entre Transcribe S.A. con la empresa Scania Colombia S.A.S., de modo que la Sala encuentra probada la excepción de de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la accionada, lo que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

Corresponde ahora examinar las pretensiones de actio in rem verso incoadas de manera subsidiaria en ejercicio del **medio de control de reparación directa**.

³⁸ Archivo digital "Contrato Sociedad Garrigues Colombia" CD Contestación demanda

Persigue la actora que se condene a Transcaribe S.A. a pagarle como perjuicios en la modalidad de daño emergente, la suma de \$780.520.178, por los servicios de estructuración financiera y posterior colocación del crédito prestados en el Contrato de Suministro No. TC-LPN-002-2017 y el Contrato accesorio de Crédito de fecha 27 de diciembre de 2017, celebrados entre Transcaribe S.A. y Scania Colombia S.A.S., y en la modalidad de lucro cesante, los intereses moratorios generados a partir de los 30 días posteriores a la adjudicación de los contratos mencionados.

Como sustento de esta pretensión, se invoca un enriquecimiento sin causa de la demandada, en la medida en que posterior a la terminación del contrato de prestación de servicios No. 043 de 2015, SPS Asociados continuó realizando gestiones y atendiendo requerimientos exigidos por Transcaribe S.A. en el proceso licitatorio TC-LPN-002-2017, como, por ejemplo, proyectando respuestas a peticiones en el proceso licitatorio No. TC-LPN-002-17, y aunque solicitó a la accionada en varias ocasiones ampliar el plazo de vigencia del contrato, aquella mantuvo la abstención en hacerlo, pero le exigía persistentemente asesoría.

La defensa por su parte, aseguró que no es cierto lo dicho por la actora, y explicó que los documentos de reuniones y correos que se quieren traer como prueba de la gestión de SPS Asociados posterior a la terminación del contrato fueron realizadas directamente por Alexander Castaño, quien actuó como asesor en ejecución del contrato 053 de 2017 que suscribió directamente con la Transcaribe S.A. y no en representación de SPS Asociados S.A.

De las pruebas documentales del proceso, la Sala evidenció trazabilidad de correos electrónicos remitidos por Transcaribe S.A. al señor Alexander Castaño Beleño, al correo acastano@sps-asociados.com con posterioridad al 30 de junio de 2017, fecha en la que finalizó el contrato de prestación entre demandante y demandada, como por ejemplo, un correo con fecha 21 de julio de 2017³⁹, en el cual se solicitó dar respuesta a una petición de

³⁹ Fol. 94 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

Liberty Seguros S.A. en relación con el proceso licitatorio No. TC-LPN-002-17, aspectos sobre los cuales el señor Castaño Beleño explicó:

"Minuto 27:28 (...) Contestó: Para esa fecha SPS ya no tenía contrato, digamos que lo que hacía SPS era dar soporte en las preguntas que se hacían que como te decía ahorita eran más de forma que de fondo, porque como yo estaba ahí en SPS, perdón en Transcribe, cualquier pregunta financiera sobre el contrato eran remitidas a mí, y pues yo las solucionaba con el equipo financiero de SPS que es el que maneja el tema y se daba respuesta, pero no había un contrato formal porque el contrato no se siguió extendiendo."⁴⁰

Nótese que el testigo ha sido explícito en señalar que las solicitudes de responder peticiones dentro del proceso de licitación No. TC-LPN-002-17 se las dirigía Transcribe directamente a él y no a SPS Asociados porque ya no tenía contrato. Su versión deja claro, además, que cosa distinta es que él se apoyaba por su propia cuenta en el equipo de SPS Asociados para dar las respuestas solicitadas, pero no porque Transcribe se lo ordenara o le instara a requerir a SPS Asociados para ello.

Por otro lado, se comprobó también la participación del señor Alexander Castaño en reuniones o audiencias realizadas en fechas posteriores a la terminación del vínculo contractual de SPS Asociados con Transcribe S.A., como en el caso del Acta de audiencia de Asignación de riesgos previsible de la licitación pública TC-LPN-002-2017 llevada a cabo el 11 de agosto de 2017⁴¹, en la que figura como asistente, Alexander Castaño B. firmando como asesor externo.

Frente a este tipo de acompañamientos a Transcribe S.A., el señor Castaño Beleño fue interrogado en la diligencia testimonial y respondió en los siguientes términos:

Preguntado: Su acompañamiento en las audiencias la hacía en representación de SPS o en la ejecución del contrato que usted tenía suscrito con la entidad, específicamente el número 053 del 8 de junio de 2017?

⁴⁰ CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.

⁴¹ Fols. 96- 104 del Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"



*Contestó: La hacía para todos los temas técnicos bajo el contrato de vinculación que tenía con Transcribe, ya pues las preguntas financieras ya no van dentro de ese contrato, pero también las atendía. (...)*⁴²

El testigo brindó de esa manera, plena certeza de que, en sus actuaciones posteriores a la finalización del contrato de las partes de este proceso, él actuó en nombre propio, en ejecución de su contrato de prestación de servicios profesionales No. 053 del 8 de junio de 2017, del que reposa copia en el expediente⁴³, y no en representación de SPS Asociados S.A.

Así las cosas, no encuentra la Sala probadas las supuestas labores, gestiones, acompañamiento o asesorías realizadas por la demandante a Transcribe S.A., extracontractualmente, así como tampoco, se demostró en el plenario que la estructuración de la operación que culminó con la suscripción de los contratos de suministro y su accesorio de crédito TC-LPN-002-2017 hayan sido los elaborados por SPS Asociados S.A., puesto que los testimonios practicados⁴⁴ dan cuenta de que los documentos y, en general, el proceso licitatorio se sometió a modificaciones posteriores a que se finiquitara la prestación de servicios de la demandante como estructuradora.

Aunado a esto, y tal como lo corroboró la declaración de Alexander Castaño Beleño, el apoyo que brindaba SPS Asociados S.A. para resolver peticiones de ofertantes en el marco del proceso de licitación pública TC-LPN-002-2017, las brindó por solicitud y apoyo requerido por él mismo, más no por Transcribe S.A.

Conduce todo lo anterior a establecer que no se probaron en el proceso las supuestas acciones, labores o gestiones que fundan el supuesto enriquecimiento sin causa de Transcribe S.A., en detrimento de SPS Asociados S.A., por lo que carece de sustento fáctico la reclamación de la demandante de un presunto enriquecimiento sin causa, cuando quiera que no acreditó la supuesta causa o fuente de su detrimento.

⁴² CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.

⁴³ Archivo digital "Contrato Alex Castaño" CD Contestación demanda

⁴⁴ CD Audiencia de pruebas realizada el 20 de octubre de 2020.

Ahora, si en gracia de discusión se hubiera demostrado que la demandante si continuó prestando servicios a la demandada por fuera del vínculo contractual, habría lugar a entrar a revisar los requisitos de procedencia excepcional de las pretensiones de actio in rem verso plasmados en el marco normativo y jurisprudencial, respecto de las cuales se descartaría también su cumplimiento en el presente escenario, toda vez que, no se configuró una situación de urgencia manifiesta, como tampoco que hubiera existido una actuación de supremacía de la demandada, bajo la cual hubiera constreñido a la actora a prestarle sus servicios.

Es por lo anterior que, la Sala encuentra también imprósperas las pretensiones de la demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa.

Como conclusión del análisis realizado en la presente sentencia, se impone negar las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

El artículo 188 del CPACA señala que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.



De igual forma se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁵ ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de la condena en costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida; no obstante, se encuentra demostrado que, al momento de la interposición de la demanda, la demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales, por lo que esta Corporación de abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Declarar **PROBADAS** las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los motivos señalados en esta sentencia.

TERCERO: Sin **CONDENA** en costas a la parte demandante; según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

⁴⁵ Consejo de Estado, sentencia del 21 de enero de 2021, proceso radicado No. 25000234200020130494101.



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

Ausente con permiso