

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No 1 DE ORALIDAD**

Magistrado Ponente: Dr. **FABIO IVAN AFANADOR GARCIA**

Tunja, 28 ABR 2016

**REFERENCIAS**

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
DEMANDANTE: JUAN JAIME SANCHEZ RAMIREZ  
DEMANDADO: CAPRECOM EICE  
RADICACIÓN: 15238333752**201400115-01**

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), por la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**I.1. LA DEMANDA.** (Fls. 14-20)

El ciudadano Juan Jaime Sánchez Ramírez, anunciándose como propietario de la Droguería "Galena", presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" EICE, en la que solicitó la declaratoria de existencia de un contrato de suministro de medicamentos ambulatorios para los meses de abril de 2012 y abril de 2013. Como consecuencia de la anterior declaración, reclamó el pago de las siguientes sumas de dinero:

- Tres millones doscientos treinta y nueve mil ciento noventa y siete pesos (\$3.239.197) por concepto de la factura No. JJ 218, presentada para su pago el 12 de mayo de 2012.
- Los intereses de mora sobre el anterior capital, causados desde el 11 de mayo de 2012 y hasta que se pague la anterior suma, liquidados con la tasa de la Superintendencia Bancaria.
- Tres millones setecientos noventa y cuatro mil seiscientos pesos (\$3.794.606) por concepto de la factura JJ 370, presentada para su cobro el 20 de mayo de 2013.
- Los intereses moratorios del anterior capital a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, desde el 21 de mayo de 2013 y hasta la fecha de pago de la factura.

Finalmente, reclamó el reconocimiento de perjuicios morales.

Como hechos que soportan sus pretensiones, el demandante señaló que durante varios años celebró contratos de suministro de medicamentos de baja complejidad para los afiliados de Caprecom Cubará.

Que debido a la confianza que se había generado con Caprecom, después de varios contratos celebrados, accedió a la solicitud de sus directivos de prestar los servicios de suministro de medicamentos sin contrato alguno, debido, según aquellos, al cambio de vigencia. Para el suministro de los medicamentos, el demandante generó las facturas JJ 218 y JJ 370, radicadas para pago ante la entidad accionada.

Afirmó que hasta la fecha de presentación de la demanda, no habían sido canceladas las referidas facturas, so pretexto de faltar la reserva presupuestal.

## **I.2. CONTESTACIÓN.** (Fls. 41-50)

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" EICE, compareció al proceso por intermedio de apoderada constituida para el efecto, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Alegó la indebida escogencia de la acción, en cuanto la pretensión de la demanda se circunscribe a obtener el pago de servicios prestados a la entidad sin que mediara contrato entre las partes, lo que constituiría un enriquecimiento ilícito cuya acción procedente es la *in rem verso*.

Se refirió a los elementos del enriquecimiento sin justa causa y a los eventos en los que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo

de Estado ha admitido la *actio de in rem verso* para satisfacer obligaciones derivadas de la prestación de servicios o suministro de bienes al Estado sin que medie contrato estatal.

Concluyó que las dos facturas de suministro de medicamentos que allegó el actor no son suficientes para la procedencia de la referida acción, como quiera que no se logró demostrar un constreñimiento por parte de la entidad al demandante para que prestara el servicio cuyo pago reclama. Y tratándose de la prestación de servicios de salud, la jurisprudencia exige, para la procedencia de la *actio in rem verso*, que se acredite la urgencia y necesidad de la prestación del servicio (en este caso de la entrega de medicamentos) o la existencia de un perjuicio irremediable, de donde deviniera la imposibilidad de adelantar un proceso de contratación con las formalidades de ley, presupuesto que considera no está cumplido.

### **I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.**

#### **Parte demandante.** (Fls. 129-132)

Consideró que se probó dentro del proceso que: i) antes y después de los meses de abril de 2012 y abril de 2013, el accionante y Caprecom celebraron contratos de suministro de medicamentos; ii) que para los meses de abril de 2012 y abril 2013, el accionante, de buena fe, suministró medicamentos a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará; iii) que el anterior suministro se dio a petición de la demandada, quien argumentó que por razones de distancia, urgencia y necesidad se debía efectuar el suministro de los medicamentos sin que mediara contrato; iv) que las referidas facturas de suministro de medicamentos no fueron canceladas por Caprecom.

Enfatizó en la buena fe objetiva con la que actuó, en atención a que antes y después del suministro de medicamentos objeto del presente proceso se celebraron contratos con Caprecom con el mismo objeto.

Consideró que una de las excepciones a la solemnidad del contrato estatal que exige la Ley 80 de 1993, son los casos de urgencia, particularmente cuando está de por medio el derecho a la salud.

Finalmente, insistió en la procedencia de la acción contractual en atención al contenido normativo del artículo 141 del CPACA y a la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 19 de noviembre de 2012, exp. 730012331000200003075-01(24897).

#### **I.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama profirió sentencia de primera instancia el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Respecto a la procedencia de la acción, consideró que conforme al artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, es posible que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales se controvertan todas las diferencias que se susciten entre la entidad pública contratante y el particular contratista referidas a un contrato, como su existencia.

Señaló el Despacho de primera instancia:

*"Dado que el accionante pretende la indemnización de perjuicios causados que en su parecer se originaron por el incumplimiento de una obligación contractual, concerniente al pago de suministro de medicamentos de baja complejidad, según se afirma en la demanda, y al no formularse pretensión alguna tendiente a obtener la compensación o el restablecimiento en la proporción en que se vio empobrecido su patrimonio o enriquecido el del demandado, como consecuencia de la actividad desplegada por aquélla, en favor de Caprecom, el Despacho advierte que la demanda de controversias contractuales resulta procedente para obtener la declaración de la existencia de un contrato estatal celebrado entre la parte demandante y la demandada, y como consecuencia se ordene el pago de los servicios prestados con su respectiva indemnización de perjuicios, generados por el incumplimiento de los supuestos contratos celebrados por las partes, presupuestos contemplados en el artículo 141 del CPACA, pues en el caso que se llegase a afirmar que el medio de control de controversias contractuales no procede frente a eventos en los que se discute la existencia del contrato o el derecho que le cabe a un particular por la ejecución de prestaciones que él cree contractuales, conduciría a desconocer el verdadero sentido de la norma en comento.*

*En consecuencia se concluye que las súplicas de la demanda, no son susceptibles de ser analizadas a través de la actio in rem verso (acción de devolución de la cosa), porque ésta sólo tiene naturaleza compensatoria y subsidiaria, no indemnizatoria, y ello supone que la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, no conduce a la indemnización de un daño, sino al restablecimiento de un detrimento patrimonial injustificado o que no tiene causa jurídica.*

*En este orden de ideas, el juzgado considera que la acción procedente es la de controversias contractuales, porque el demandante expresamente la invocó y la sustentó en su demanda con el objeto que se declare al existencia del contrato y el incumplimiento del mismo por la entidad pública".*

Una vez establecido por la Juez A quo, que el medio de control de controvertirías contractuales ejercido resultaba idóneo para ventilar las pretensiones de la demanda, procedió a establecer la existencia del contrato estatal cuya declaratoria reclamó la parte demandante. Así, encontró probado que el demandante suministró medicamentos a los afiliados a Caprecom en el Municipio de Cubará, en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, a solicitud de la entidad y en atención a que con anterioridad había celebrado contratos de suministro con ésta. Que de los medicamentos suministrados, el demandante expidió facturas que fueron radicadas ante la demandada, sin obtener su pago.

Concluyó la existencia de un contrato, con los siguientes argumentos:

*"Facturas y cuentas de cobro que no fueron reconocidas ni canceladas por la demandada, precisamente por no acreditarse la existencia del registro presupuestal correspondiente, no obstante, si bien es cierto, se contrató sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el estatuto contractual, también lo es, que la entrega de medicamentos a los afiliados de Caprecom residentes en el Municipio de Cubará responde a la urgencia para adquirirlos, teniendo en cuenta que guardan íntima relación con el servicio de salud prestado por la accionada, en el que incuestionablemente se afecta sin los mismos en detrimento de los usuarios.*

*Ahora bien, en lo que respecta a la existencia del registro presupuestal debe señalarse que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que éste constituye un requisito de ejecución, más no de perfeccionamiento del contrato estatal, toda vez que el registro presupuestal no constituía un requisito para el perfeccionamiento del contrato estatal, sino un instrumento que evitaba adquirir compromisos que superaran el monto autorizado en el respectivo presupuesto, con lo cual recogió el criterio expuesto en auto de 27 de enero de 2000 y volvió a la tesis inicialmente concebida. Agrega la Sala, que el registro presupuestal, a más de la finalidad señalada, busca garantizar el pago de las obligaciones económicas contraídas por la entidad contratante en virtud del contrato, mediante la apropiación y reserva presupuestal de los respectivos recursos.*

*Entonces dado que el registro presupuestal constituye un requisito de ejecución más no de perfeccionamiento del contrato y como quiera que se acreditó en el plenario que el demandante suministró medicamentos de baja complejidad a los afiliados a Caprecom en el Municipio de Cubará. El Despacho declara la existencia del contrato de suministro en el mes de abril de 2012 y abril de 2013".*

#### **I.5. EL RECURSO DE APELACIÓN.** (Fls. 142-147)

La apoderada de la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar la alzada, reiteró lo expuesto en el escrito de contestación a la demanda, añadiendo su reproche frente a la actualización de la suma por la que fue condenada, en cuanto, afirma que la indexación fue acumulada con el reconocimiento de intereses moratorios.

## **I.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.**

**6.1.** La parte demandante presentó alegatos de conclusión en el trámite de segunda instancia, en los que sostuvo que la *actio in rem verso* solo procede en los casos en que un particular, sin consentimiento de la administración pública, asume bajo su propio riesgo la prestación de un servicio.

Señaló que en el presente caso la parte demandante suministró los medicamentos a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará, a solicitud de la entidad. Que el accionante actuó de buena fe en atención a los contratos que con anterioridad había suscrito con Caprecom cuyo objeto fue el suministro de medicamentos a los afiliados del pluricitado municipio, además, que la necesidad y urgencia en el suministro de los medicamentos a que se refieren las facturas se evidencia con su relación con el derecho a la salud de los afiliados.

Así las cosas, consideró cumplidos los presupuestos para la declaratoria de existencia del contrato, conforme a los lineamientos de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 19 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (exp.730012331000200003075-01 (24897)).

**6.2.** El Procurador 46 Judicial II en Asuntos Administrativos conceptuó en segunda instancia en el asunto de la referencia.

En primer lugar, consideró que no era dable que mediante el medio de control de controversias contractuales se declarara la existencia del contrato estatal de suministro de medicamentos, en cuanto, fue la propia parte demandante la que reconoció que los medicamentos entregados a Caprecom en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, se hicieron sin soporte contractual, *"luego sí no existe el contrato mal puede el Juez administrativo mediante una aplicación equivocada de las normas declarar su existencia ..."*.

Para el Ministerio Público se debe dar aplicación al principio de *iura novit curia* *"para abordar el fondo del asunto, a través del medio de control de reparación directa por enriquecimiento sin causa ..."*.

Consideró reunidos los requisitos para declarar el enriquecimiento sin justa causa de Caprecom, como quiera que se probó: i) que en los meses de abril de 2012 y abril de 2013 la entidad recibió medicamentos ambulatorios de baja complejidad, suministrados por la droguería de propiedad del demandante; ii) que la suscripción de contratos de suministro de medicamentos entre las partes del proceso, "*creo en el ánimo y la voluntad del demandante la convicción que efectivamente la entidad estatal actuaba de buena fe al pedirle seguir entregando medicamentos ...*"; iii) en cuanto a la prueba de la imposibilidad de la selección de un contratista y celebración de los correspondientes contratos, considera que en atención al concepto de distribución dinámica de las cargas probatorias, era Caprecom quien podía demostrar dichos elementos.

Por lo anterior, solicita se confirme la sentencia apelada excepto el numeral primero, pero por las razones expuestas en el concepto y se compulsen copias a las autoridades disciplinarias.

## **II. CONSIDERACIONES**

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la sala abordará, en su orden *i.* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico *ii.* La relación de los hechos probados, y, finalmente *iii.* El estudio y la solución del caso en concreto.

### **II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.**

Conforme a la sentencia de primera instancia y al recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar el medio de control idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de obras ejecutadas, suministro de bienes o servicios prestados a la administración sin que medie contrato escrito. Una vez esclarecido este aspecto, analizará la Sala si en el presente caso es posible ordenar a la demandada el pago de los medicamentos que el accionante afirma le suministró en los meses de abril de 2012 y abril de 2013.

### **II.2. LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO**

Dentro del proceso se recaudó el siguiente material probatorio:

**2.1.** Original factura JJ 0370 del 14 de mayo de 2013, emisor Juan Jaime Sánchez Ramírez (a nombre de la Droguería Galena con Nit. 7163664), beneficiario Caprecom (Nit. 899999026-0), por la suma de tres millones setecientos noventa y cuatro mil seiscientos seis pesos (\$3.794.606), descripción "*servicio de suministro de medicamentos por capitación a los 1559 afiliados en el Municipio de Cubará durante el mes de abril del año 2013*". La factura tiene constancia de recibido por parte de la dependencia de cuentas de Caprecom EPS Boyacá el 20 de mayo de 2013 (fol.24).

**2.2.** Copia factura JJ 0218 del 4 de mayo de 2012, emisor por Juan Jaime Sánchez Ramírez (a nombre de la Droguería Galena con Nit. 7163664), beneficiario Caprecom EPS-S (Nit. 899.999.026-0), por la suma de tres millones doscientos treinta y nueve mil ciento noventa y siete pesos (\$3.239.197), descripción "*servicios prestados por capitación para los 1542 afiliados en el Municipio de Cubará durante el mes de abril del año 2012 con una UPC de \$26.258.08*". La factura tiene constancia de recibido por parte de la dependencia de cuentas de Caprecom EPS Boyacá el 10 de mayo de 2012 (fol.25).

**2.3.** Copia de contrato de suministro de medicamentos ambulatorios No. CR15-0035-2012 celebrado entre CAPRECOM Regional Boyacá y Juan Jaime Sánchez Ramírez, de fecha 2/1/2012 (fol.27).

Vigencia: tres (3) meses, del 2/1/2012 hasta el 31/3/2012.

Objeto del contrato "*... suministro de medicamentos ambulatorios a los afiliados activos cargados en BDUA de Régimen Subsidiado de Caprecom y afiliados INPEC y que tienen derecho al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S ... sin importar el nivel de atención donde se haya generado la solicitud, sí los servicios mencionados se encuentran dentro del objeto contractual, formulados por los profesionales de su red adscrita, o los debidamente avalados por CAPRECOM, ...*" (fol.27).

Municipio de cobertura: Cubará.

Valor total del contrato: ocho millones seiscientos treinta y nueve mil pesos seiscientos setenta y cinco pesos con diez centavos (\$8.639.675,10).

**2.4.** Copia de contrato de suministro de medicamentos ambulatorios No. CR15-0321-2012 celebrado entre CAPRECOM Regional Boyacá y Juan Jaime Sánchez Ramírez, de fecha 02/05/2012 (fol.28).

Vigencia: un (1) mes, del 02/05/2012 hasta el 31/05/2012.

Objeto del contrato "... suministro de medicamentos ambulatorios a los afiliados activos cargados en BDUA de Régimen Subsidiado de Caprecom pertenecientes al Municipio de Cubará y que tienen derecho al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S ..." (fol.28).

Municipio de cobertura: Cubará.

Valor total del contrato: tres millones doscientos treinta y nueve mil ciento noventa y seis pesos con setenta y cinco centavos (\$3.239.196,75).

**2.5.** Copia de contrato de suministro de medicamentos ambulatorios No. CR15-0380-2012 celebrado entre CAPRECOM Regional Boyacá y Juan Jaime Sánchez Ramírez, de fecha 01/06/2012 (fol.29).

Vigencia: seis (6) meses, del 01/06/2012 hasta el 31/11/2012.

Objeto del contrato "... suministro de medicamentos ambulatorios a los afiliados activos cargados en BDUA de Régimen Subsidiado de Caprecom pertenecientes al Municipio de Cubará y que tienen derecho al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S ..." (fol.29).

Municipio de cobertura: Cubará.

Valor total del contrato: diecinueve millones cuatrocientos treinta y seis mil ciento ochenta pesos con cuarenta y nueve centavos (\$19.436.180,49).

**2.6.** Copia acta de prórroga hasta el 31 de marzo de 2013 del y adición al contrato CR15-0380-2012, suscrita por el Director Territorial de Caprecom y Juan Jaime Sánchez Ramírez (fol.31-32).

**2.7.** Copia de contrato de suministro de medicamentos ambulatorios No. CR15-0197-2013 celebrado entre CAPRECOM Regional Boyacá y Juan Jaime Sánchez Ramírez, de fecha 20/05/2013 (fol.30).

Vigencia: seis (6) meses diez (10) días, del 20/05/2013 hasta el 30/11/2013.

Objeto del contrato "... suministro de medicamentos ambulatorios contenidos en el Plan de Beneficios, formulados por los profesionales de EL CONTRATISTA (sic) ... a los afiliados a Caprecom asignados en el período y que se encuentran debidamente registrados en el BDUA ,... pertenecientes al Municipio de Cubará y que tienen derecho al Plan de beneficios del régimen subsidiado ..." (fol.30).

Valor total del contrato: diecinueve millones setecientos cuarenta y ocho mil ciento setenta y siete pesos con ochenta y dos centavos (\$19.748.177,82).

**2.8.** Certificación del 29 de mayo de 2014, suscrita por la Líder Administrativa y Financiera de Caprecom Territorial Boyacá, según la cual las facturas No. 0370 y 0218 por concepto de suministro de medicamentos en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, respectivamente, no cuentan con soporte presupuestal por lo tanto se tipifican como hechos cumplidos (fol.67).

**2.9.** Certificación del 22 de octubre de 2014, suscrita por el profesional en salud especializado de Caprecom, según la cual *"la territorial Boyacá no suscribió contratos de suministro de medicamentos ambulatorios con el señor Juan Jaime Sánchez Ramírez durante los meses de abril de 2012 y abril de 2013, proveedor con el que regularmente se garantiza tal suministro para los 1559 afiliados al régimen subsidiado en el municipio de Cubará ..."* (fol.85).

**2.10.** Certificación del 4 de noviembre de 2014, suscrita por el Director Territorial (E) de Caprecom EPS Regional Boyacá, según la cual: *"en el mes de abril de 2012 y en el mes de abril de 2013, el suministro de medicamentos ambulatorios de baja complejidad a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará, fue realizado por la Droguería Galena nit 7163664-5 representada legalmente por el señor Juan Jaime Sánchez Ramírez"* (fol.90).

**2.11.** Copia de listado de medicamentos suministrados en el mes de abril de 2013, a los afiliados de Caprecom EPS-S por parte de la Droguería Galena (fol.94-112).

**2.12.** Copia de listado de medicamentos suministrados en el mes de abril de 2012, a los afiliados de Caprecom EPS-S por parte de la Droguería Galena (fol.117-125).

## **II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.**

### **3.1. Del medio de control precedente.**

La sentencia que se apela consideró que el medio de control de controversias contractuales ejercitado por la parte demandante resulta ser el precedente para lograr la declaratoria de existencia de un contrato estatal, en casos como el presente en el que un particular dice haber suministrado bienes a una entidad estatal sin que mediara contrato escrito, para así lograr el pago de los mismos. Para la primera

instancia, no puede ser otro el entendimiento del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 cuando señala que en el medio de control de controversias contractuales podrá solicitarse la existencia de un contrato. Consideró que la *actio in rem verso* es compensatoria y el accionante solicitó una indemnización.

Así las cosas, concluyó que la procedencia de la acción ejercida está dada por las pretensiones del demandante, en cuanto, lo que solicita es la declaratoria de existencia de un contrato, la declaratoria de incumplimiento del mismo y la indemnización que de ésta declaración deviene, todas estas pretensiones propias del medio de control de controversias contractuales.

Por su parte, la demandada insistió, en su recurso de apelación, en que tal y como había sido señalado al contestar la demanda, las pretensiones del actor son propias de la *actio de in rem verso* que se tramita por el medio de control de reparación directa.

Pues bien, siguiendo los pronunciamientos reiterados de la Sección Tercera del Consejo de Estado y en especial los lineamientos expuestos en sentencia de unificación del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)<sup>1</sup>, considera esta Sala de Decisión que las pretensiones del accionante no pueden debatirse bajo el medio de control de controversias contractuales, sino que deben decidirse por el medio de control de reparación directa en virtud de una pretensión de la *actio de in rem verso*.

Es así, porque el hecho jurídico que sirve de fuente a la pretensión de pago de los medicamentos que dice el actor suministró a Caprecom no resulta ser el contrato, por cuanto es hecho aceptado por las partes que nunca fue celebrado contrato que respaldara el suministro de los medicamentos, y de ahí precisamente que se descarte de entrada la procedencia del medio de control de controversias contractuales, que supone que exista un contrato como fuente de las pretensiones de incumplimiento y reconocimiento económico que eleva el actor. Sin que sea el contrato ni la ley la fuente directa de las obligaciones que reclama el actor, ha de recurrirse al medio de control de reparación directa, a fin de determinar si fue un enriquecimiento sin justa causa la fuente del pago que pretende en el sub examine.

En efecto, resulta presupuesto del reconocimiento pretendido en ejercicio de la acción contractual, que los servicios que el demandante afirma prestó a Caprecom estuvieran vinculados con la ejecución de un contrato; sin que medie éste como fuente de tales prestaciones, ha

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01 (24897) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; noviembre 19 de 2012).

señalado la jurisprudencia que habrá de acudirse a la *actio de in rem verso*, que sea dicho desde ya, avala el reconocimiento de obras ejecutadas, el suministro de bienes y servicios prestados sin contrato estatal solo de manera excepcional y siguiendo la regla general según la cual: quien desconoce las normas que establecen la solemnidad de los contratos que celebran las entidades de Estado, debe ser sancionado con la pérdida de la obra, suministro o servicios prestado.

Resultan ilustrativos los siguientes pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los que conociendo de casos de similares contornos al presente, en los que por la acción contractual se pretendía el pago de servicios prestados a entidades del Estado sin que mediara contrato, se consideró que era la pretensión de *actio de in rem verso* la que debía formularse:

Es así que en el proceso en que se profirió la sentencia de unificación del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)<sup>2</sup>, en ejercicio de la acción contractual se formuló pretensión de pago por los servicios prestados al Estado, frente a lo cual consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*"15. En este asunto el demandante ha apoyado sus pretensiones en el hecho de haber celebrado con la administración varios contratos verbales y con fundamento en estos construye sus reclamaciones económicas.*

*Este petitum así aducido y con tales fundamentos ya lo hacen impróspero puesto que en términos sencillos el demandante reclama derechos económicos derivados de contratos que nunca existieron por haberse omitido la solemnidad que la ley imperativamente exige para su formación o perfeccionamiento, lo que en otros términos significa que si no existieron los contratos tampoco se produjeron los efectos que les serían propios y por ende nada puede reclamarse con base en lo inexistente".*

Una vez el Consejo de Estado descartó la procedencia de la pretensión propia de la acción contractual, procedió a analizar el asunto, a la luz del enriquecimiento sin justa causa, precisando que ésta es una pretensión que se tramita por la acción de reparación directa.

Sobre el mismo tema, consideró la Sección Tercera en providencia del 16 de enero de 2013:

*"Si bien es cierto que en el presente caso la parte actora invocó la acción relativa a controversias contractuales, la Sala estima necesario precisar que en el asunto que se examina no aparece*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01(24897) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 16 de 2013).

*prueba alguna que demuestre que las prestaciones cuyo reconocimiento y pago se reclaman en la demanda, consistentes en la prestación de servicios de asesorías y representación judicial del ente ministerial por parte del demandante hubieren estado vinculadas a la ejecución de un contrato o contratos en los cuales se evidenciara la estipulación de dichos objetos.*

...

*En las anteriores condiciones resulta evidente que no se configuran los presupuestos necesarios para entender que la litis en estudio corresponda a una controversia contractual; no obstante, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y advirtiendo que la parte actora en el concepto de violación fundamentó sus pretensiones subsidiarias desde la perspectiva de un enriquecimiento sin causa, la Sala considera que en este caso resulta procedente la aplicación del principio iura novit curia, con el fin de efectuar un análisis de fondo desde el punto de vista de una acción de reparación directa, dado que el procedimiento y el término de caducidad se encuentran regulados de manera similar para el caso de las controversias contractuales, lo cual descartaría una indebida escogencia de la acción"<sup>3</sup>.*

En otra ocasión señaló:

*"13. De entrada, sin perjuicio de una amplia sustentación, que adelante se expone, la Sala desestima la fuente contractual como origen de la prestación dineraria de marras, toda vez que en los autos de la actuación procesal no existe evidencia de haberse entre las partes en contienda celebrado un negocio jurídico de esta estirpe, con base en el cual pueda justificarse este compromiso obligacional.*

(...)

*17. Del modo anterior, desestimadas las fuentes contractual y legal, y no existiendo en la especie litigiosa sometida al estudio de la Sala otra adecuada para sustentar una eventual condena en contra del Instituto de Seguros Sociales, distinta al enriquecimientos sin causa, el análisis de este asunto, como se aprecia en el desarrollo de estas consideraciones, se focalizará en esta última fuente de las obligaciones"<sup>4</sup>.*

Ahora, la Juez de primera instancia invocó, como uno de los fundamentos de su consideración de procedencia del medio de controversias contractuales ejercitado, la sentencia de la Subsección B Sección Tercera del Consejo de Estado del 30 de enero de 2013 (exp.850012331000200000239-01, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera).

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 25000-23-26-000-2002-00178-02(30683) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 16 de 2013).

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 25000-23-26-000-2001-01468-01(27592) (C.P. Danilo Rojas Betancourth; julio 10 de 2014).

Advierte esta Sala de Decisión que en dicha providencia se avala la procedencia de la acción contractual en ausencia de contrato estatal perfeccionado, para los siguientes casos:

1. En los eventos en los que si bien se prestó un servicio, ejecutó una obra o suministró unos bienes *"sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes"*, pero bajo el presupuesto que se haya *"recorrido la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron celebrar"*, y aclara la sentencia que *"la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente ..."*<sup>5</sup>.

2. En *"aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen – en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual"*<sup>6</sup>.

3. En *"los contratos sin formalidades plenas que contemplaba el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y los contratos de mínima cuantía de que tratan los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011, cuya existencia y eficacia no está determinada por la solemnidad prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 , de modo que la declaración de existencia de este tipo de negocios es posible obtenerla a través de la acción contractual"*<sup>7</sup>.

Fue el primero de los eventos a que se refiere la providencia el que parecería invocó la Juez de primera instancia como fundamento de la procedencia del medio de control de controversias contractuales en el presente caso. En efecto, consideró la primera instancia que la razón por la que no se pagaron las facturas y cuentas de cobro que el demandante presentó ante Caprecom, fue la falta de registro presupuestal correspondiente, requisito que señaló la sentencia apelada es de ejecución y no de perfeccionamiento del contrato. Concluyó entonces que *"dado que el registro presupuestal constituye*

---

<sup>5</sup> En Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 850012331000200000239-01 (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 30 de enero de 2013), se citan las siguientes providencias de la misma Corporación Sentencia del 30 de noviembre de 2000, expediente No. 11.895. En el mismo sentido ver sentencias del 29 de enero de 1998, expediente 11.099; sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente 5825 y sentencia del 10 de marzo de 1997, expediente 10.038.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 850012331000200000239-01 (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 30 de enero de 2013).

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 850012331000200000239-01 (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 30 de enero de 2013).

*un requisito de ejecución más no de perfeccionamiento del contrato y como quiera que se acreditó en el plenario que el demandante suministró medicamentos de baja complejidad a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará, el Despacho declara la existencia del contrato de suministro en el mes de abril de 2012 y abril de 2013”.*

El argumento de la primera instancia, según el cual era el solo el registro presupuestal lo que se extrañaba en el caso bajo estudio, y de ahí la posibilidad de declarar la existencia del contrato, por tratarse este de un requisito de ejecución del mismo, parte de un hecho que no es cierto: que las partes, en palabras de la providencia del Consejo de Estado citada, recorrieron el camino del tipo negocial, haciendo solo falta el registro presupuestal de la obligación acordada.

No es cierto que exista prueba alguna que dé cuenta de que las partes de este proceso recorrieron el camino del tipo negocial y hubiesen terminado con un acuerdo verbal de un contrato cuyo objeto sería el suministro de medicamentos a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará en los meses de abril de 2012 y abril 2013; por el contrario, las partes son categóricas en afirmar que nunca se celebró contrato para el efecto. La ausencia de registro presupuestal a que se refiere la primera instancia, fue puesta de presente por la entidad para señalar que no se hacía el pago de las facturas que presentó el demandante porque este gasto no contaba con respaldo presupuestal, mas no para señalar que celebrado el contrato para tal efecto lo único que faltó fue dicho registro, como equivocadamente y sin sustento alguno lo afirma la primera instancia.

Lo que muestra las pruebas allegadas al proceso, es la ausencia total de los trámites necesarios para la celebración del contrato, además de ausencia de acuerdo sobre los elementos mínimos del contrato, a saber, objeto, valor y duración.

Así las cosas, el yerro en que incurrió la primera instancia, desvirtúa de entrada la aplicación del primer supuesto que trae la sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) de la Subsección B Sección Tercera del Consejo de Estado, que se cita en la sentencia apelada como uno de los fundamentos de la decisión.

Ahora bien, podría alegarse que se actualiza el segundo de los eventos que la pluricitada sentencia contempló como posibilidad para acudir en ejercicio de la acción contractual en ausencia de contrato perfeccionado: *"aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen – en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces,*

*celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual*<sup>8</sup>. Como lo serían los contratos que las Empresas Sociales del Estado celebren para la prestación de servicios de salud, en virtud del artículo 195-6 de la Ley 100 de 1993.

Sobre esta hipótesis, la que avala la celebración de contratos estatales verbales en los casos que están sometidos al derecho privado, habrá de señalarse que no ha sido constante ni dominante en la Sección Tercera del Consejo de Estado, y es así, que se encuentran pronunciamientos de la misma Subsección B, en los que se afirma categóricamente que aun tratándose de contratos que conforme a la ley deben regirse por el régimen civil o comercial, siendo una de las partes una entidad pública, es imperativo que se cumpla con la solemnidad de llevar el contrato a escrito, para garantizar el mínimo de principios a los que está sujeto el desarrollo de la función pública, como lo son el de transparencia y publicidad.

Así, la subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del diez (10) de julio de dos mil catorce (2014) (exp. 25000-23-26-000-2001-01468-01(27592) C.P. Danilo Rojas Betancourth), consideró:

*"26. ... la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.*

*27. Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.*

*28. Por lo tanto, aunque ni las leyes comerciales ni las civiles prevean la necesidad de la constitución de un documento que contenga los elementos fundamentales de un contrato de este tipo*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 850012331000200000239-01 (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 30 de enero de 2013). En el mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 23001-23-31-000-2001-00055-01(24934) (C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo; 30 de enero de 2013).

para que se predique su existencia, tratándose de un contrato estatal éste requisito sí es indispensable para el perfeccionamiento del acuerdo, porque de otra forma, con la aceptación de la posibilidad de un contrato estatal de carácter consensual, se hace imposible la aplicación de los principios a los que arriba se hizo referencia.

29. No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal.

30. Estos argumentos, adquieren mayor fuerza cuando se trata de un contrato como el presente, en el que, por la naturaleza de los recursos públicos que se manejan por regla general en el régimen de seguridad social en salud, se hace necesaria la mayor pulcritud, justeza y prolijidad en la contratación de los servicios de salud, los cuales requieren de las partes una total certeza sobre las obligaciones a su cargo, las prestaciones de tratamientos y medicamentos que reconocerá el contratante y los requisitos para ese reconocimiento.

31. En conclusión, aunque la Sala debe ser congruente con la posición jurisprudencial que ha desarrollado sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de este tipo -en la que, valga decir, no se ha declarado en ningún caso la existencia de un contrato consensual celebrado por una entidad estatal-, reiterando que debe ser el de derecho privado, considera menester aclarar que tratándose de un contrato estatal, debe aplicar aquellos requisitos que procuren la efectivización de los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal (artículos 209 y 267 de la Constitución Política), dentro de las cuales se encuentra el de que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

En reciente pronunciamiento de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) (exp. 25000-23-15-000-2001-00491-01(29869, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), se abordó el estudio de un asunto en el que una sociedad privada reclamaba el pago de la prestación de servicios de salud a Cajanal EPS (entre estos el de suministro de medicamentos). La Corporación, como presupuesto de la decisión que negó las pretensiones de la demanda, señaló que no existía contrato escrito que respaldara la pretensión del actor, y fue así que interpretó la demanda en el sentido que la pretensión debía tenerse como de enriquecimiento sin justa causa, y no contractual, como en un principio lo señaló el actor, en cuanto, se repite, nunca se probó la existencia de un contrato escrito.

Y es que la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012),

cuando consideró que uno de los eventos en los que de manera excepcional procede la *actio de in rem verso* en la prestación de servicios de salud "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", parte precisamente de la hipótesis de que la ejecución de obras, entrega de bienes o prestación de servicios debe estar respaldada en contratado estatal, que dada su solemnidad se exige que se encuentre elevado a escrito.

Por ello, cuando la sentencia de unificación de manera excepcional avala el pago de servicios de salud que no cuenten con contrato escrito, no lo hace por el hecho de que estos se puedan celebrar de manera verbal, sino que, partiendo que son solmenes y por tanto escritos, solo por razones de necesidad y urgencia del servicio y dada la conexidad con el derecho fundamental a la salud puede obviarse dicho requisito.

Es así que la Sala Plena de la Sección Tercera señaló que "*todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esta estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa de su inobservancia*"<sup>9</sup>.

Así las cosas, esta Sala se aparta de la sentencia que invocó la juez de primera instancia (Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 850012331000200000239-01 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 30 de enero de 2013), en lo que respecta a la posibilidad de declarar, en sede del medio de control de controversias contractuales, la existencia de contratos de prestación de servicios de salud supuestamente celebrados de manera verbal bajo el argumento que por ser del derecho privado están desprovistos de formalidad alguna, y se acoge a la sentencia de unificación del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012), reiterada hasta la fecha, en cuanto se sostiene que todo contrato celebrado por las entidades públicas debe cumplir con la solemnidad de constar por escrito, aun los que se rigen por el régimen privado, y en los casos que el servicio prestado no se encuentre respaldado por contrato escrito, solo es procedente reclamar el pago del servicio, obra o suministro de manera excepcional en ejercicio de la pretensión de la *actio de in rem verso*, para los casos en que la necesidad y urgencia del servicio de salud impidieron la contratación con las formalidades de ley.

Finalmente, respecto al argumento en el que insistió la primera instancia, referente a que no procede la *actio de in rem verso* porque

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01 (24897) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; noviembre 19 de 2012).

el demandante reclama una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la una obligación contractual y no una compensación o restablecimiento de la proporción en que se vio empobrecido su patrimonio por la acción de Caprecom, dirá la Sala que se remite a lo señalado en la pluricitada sentencia de unificación:

*"Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin justa causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta es compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento encausado es que la restitución solo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que se puede pedir y nada más"<sup>10</sup>.*

Como se observa en la demanda, fue la pretensión principal del accionante el pago del valor de las facturas expedidas por la droguería Galena por los medicamentos suministrados a Caprecom en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, junto con los intereses moratorios causados desde cuando se radicó la cuenta de cobró. De lo que puede afirmarse, que el actor pretende la restitución del monto del valor de los medicamentos suministrados que precisamente corresponde al monto con el cual supuestamente se empobreció sin justa causa. No desconoce la Sala la pretensión de perjuicios morales formulada por el actor, sin embargo, este tipo de pretensiones indemnizatorias no han sido obstáculo para que en varias ocasiones la jurisdicción adecue a la *actio de in rem verso* acciones contractuales con dicho trasfondo, y para el efecto puede citarse entre muchas otras las relacionadas en la primera parte de este acápite.

Por lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que las pretensiones del actor deben ser ventiladas por la *actio de in rem verso* y por ello, en virtud de lo señalado en la primera parte del artículo 171 del CPACA, se procederá a estudiar y decidir el caso como medio de control de reparación directa con pretensión de enriquecimiento sin justa causa, aclarando que fue precisamente frente a este tipo de pretensión que la parte demandada encaminó su defensa, una vez consideró de manera atinada que ésta era la procedente en el sub examine.

### **3.2. Enriquecimiento sin justa causa: marco jurisprudencial.**

La Sala parte del siguiente argumento que resulta ser la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación atrás citada, del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012):

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01 (24897) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; noviembre 19 de 2012).

*"... por regla general, el enriquecimiento sin justa causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8 de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 837 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique, por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente"<sup>11</sup>.*

También a título de *ratio decidendi*, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su postura en cuanto a los eventos, que son excepcionales y de aplicación restrictiva, en los que se admite la *actio de in rem verso* para los servicios prestados, obras ejecutados o suministro de bienes a la administración sin que medie contrato escrito, estas posibilidades son, sin perjuicio de que puedan presentarse otras:

*"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 constricto o impuso al respectivo particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto 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 e 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 razonable ajustada a las circunstancias que 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*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01 (24897) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; noviembre 19 de 2012).

*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."*

Para el presente caso, resulta relevante la segunda de las posibilidades enunciadas, en cuanto, el pago de los servicios que reclama el accionante proviene del supuesto suministro de medicamentos a los afiliados a Caprecom en el Municipio de Cubará.

Pues bien, los requisitos que estableció la sentencia de unificación para que proceda la *actio de in rem verso* en los casos de prestación de servicios relacionados con el derecho a la salud, han sido objeto de desarrollo en posteriores pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y resulta necesario citar la sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa (r. 25000-23-15-000-2001-00491-01(29869)). Esta sentencia precisó que la configuración del enriquecimiento sin justa causa por la causal bajo examine, requiere de la comprobación de:

1. "La urgencia y necesidad de prestar el servicio sin la suscripción del correspondiente contrato deben aparecer de manera objetiva y manifiesta".

Sobre este requisito señaló:

*"En cuanto a la urgencia en la prestación del servicio, la Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que dicha urgencia ha tornado objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación del servicio a la salud, toda vez que de no hacerlo pueden presentarse perjuicios irremediables en las personas que acceden a dicho servicio<sup>12</sup>.*

*Y, respecto a la necesidad del servicio, la Corte Constitucional ha establecido que es necesaria la prestación del servicio de salud, con el fin de evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad de la persona".*

2. "La imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y contratación nacen de la urgencia del servicio".

Señala el Consejo de Estado, que precisamente la necesidad y urgencia del servicio dejan a la entidad en la imposibilidad "*absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de contratación*". En cuanto, no

---

<sup>12</sup> Se cita Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

se trata "de cubrir el simple olvido o negligencia de la administración o de su colaborador sino de amparar situaciones excepcionales".

En este punto, dirá esta Sala que los contratos que celebren entidades públicas sometidos al régimen privado, no quedan exceptuados del principio de planeación, de manera que en los documentos previos a su celebración debe aparecer que la administración tomó una decisión informada y objetiva, evaluando las posibilidades del mercado y guiada siempre por el principio de transparencia y demás previstos en el artículo 209 constitucional.

3. "La acreditación plena de los elementos de la excepción y la regla general".

Hace referencia a que los anteriores requisitos deben estar acreditados plenamente en el proceso, en el entendido que se debe verificar 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*".

### **3.3. Caso concreto.**

En el presente caso se encuentran las facturas JJ 0218 del 4 de mayo de 2012 y JJ 0370 del 14 de mayo de 2013, según las cuales la Droguería Galena prestó a Caprecom el servicio de suministro de medicamentos por capitación a los afiliados de ésta en el Municipio de Cubará durante los meses de abril de 2012 y abril de 2013, en cuantía de tres millones doscientos treinta y nueve mil ciento noventa y siete pesos (\$3.239.197) y tres millones setecientos noventa y cuatro mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$3.794.606) respectivamente. El detalle de dicho suministro se encuentra enlistados a folios 94 a 112 y 117 a 125.

La demandada Caprecom acepta que la Droguería Galena suministró **medicamentos ambulatorios de baja complejidad** a los afiliados en el Municipio de Cubará, en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, sin señalar la cuantía total de los medicamentos entregados a los afiliados (fol.25).

Es un hecho probado, pues así lo aceptan las partes y en el proceso se encuentra certificado en este sentido, que no se celebró contrato alguno entre el representante legal de la Droguería Galena y Caprecom, para el suministro de medicamentos a los afiliados de esta entidad en el Municipio de Cubará, para los meses de abril de 2012 y abril de 2013.

Así las cosas, conforme a la sentencia de unificación atrás relacionada, para que proceda el pago de los medicamentos que acepta Caprecom

fueron entregado a los afiliados en el Municipio de Cubará, en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, sin que mediara contrato alguno con dicho objeto, habrá de establecerse si en el proceso se encuentra probado los requisitos de i) urgencia y necesidad del servicio de suministro, ii) la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar la contratación respectiva, y iii) que la decisión de la administración fue urgente, útil, necesaria y razonable frente a las circunstancias que la antecedieron.

Pues bien, dentro del proceso se extraña prueba alguna que de cuenta de las condiciones en que el demandante y demandada acordaron el suministro de los medicamentos sin la celebración previa de un contrato, o las especiales circunstancias de urgencia y necesidad que llevaron al representante legal de la Droguería Galena a suministrar medicamentos a los afiliados de Caprecom en el Municipio de Cubará.

Afirma el demandante en su escrito introductorio que el suministro de medicamentos a los afiliados de Caprecom sin que mediara contrato alguno en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, obedeció a solicitud verbal de las directivas de la entidad, quienes adujeron razones administrativas, concretamente cambio de vigencia entre contrato y contrato y dificultades en la comunicación, por ello el demandante decidió suministrar los medicamentos *"por no ver frustrada la atención o entrega de los mismos a la población necesitada de Cubará"*.

La manifestación del actor evidencia que la falta de contrato para el suministro de medicamentos a la población afiliada a Caprecom en el Municipio de Cubará, en los meses de abril de 2012 y abril de 2013, no puede imputarse a razones de necesidad que debieran ser conjuradas de manera urgente; lo que se advierte es que razones administrativas, que bien pueden calificarse como de falta de planeación, llevaron a que terminada la vigencia de los contratos CR15-0035-2012 (con vigencia del 2 de enero al 31 de marzo de 2012) y CR15-0380-2012 (vigencia del 1 de junio de 2012 al 31 de marzo de 2013), la entidad no contara con los contratos que aseguraran la continuidad del servicio.

Podría afirmarse que la necesidad y urgencia del suministro de los medicamentos resulta ser manifiesta y, por tanto, un simple razonamiento lleva a concluir que el no suministro de éstos oportunamente podría llevar a que se consumara un perjuicio irremediable a la salud de los afiliados a Caprecom en el Municipio de Cubará (pareciera ser este uno de los razonamientos del actor en la demanda). Sin embargo, bajo esta óptica no puede ser analizada la prestación del servicio, ya que este derrotero tendría que ser el mismo en cualquier servicio relacionado con el derecho a la salud, de manera

que la necesidad y urgencia se presumiría en todos los casos y sería inane la sentencia de unificación.

La mención categórica que se hizo en la sentencia de unificación, en el sentido que debe verificarse por parte del juez la necesidad y urgencia de la prestación del servicio de salud, se justifica en la hipótesis de la cual parte la sentencia: por regla general, el enriquecimiento sin justa causa no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal. De manera que solo por excepción se puede avalar el pago de servicios de salud prestados sin contrato, y esta excepción se justifica exclusivamente en razones de orden superior, cual es evitar un perjuicio irremediable a los derechos a la salud y a la vida. Así, siendo esta la excepción, no puede suponerse, sino que debe probarse, que en el caso concreto la necesidad y la urgencia llevaron al desconocimiento de las normas de contratación.

En el sub examine, como se advierte, no fueron circunstancias de necesidad y urgencia las que motivaron el suministro de los medicamentos por parte del demandante. La prestación de dicho servicio obedeció a la discrecionalidad del actor y ante una supuesta solicitud verbal de la entidad, sin que se invocara por parte de esta última perjuicio irremediable alguno.

Alega el accionante que de buena fe y con la confianza en que la demandada respondería por sus obligaciones, surgida de la celebración de sucesivos contratos con el mismo objeto, lo llevó a garantizar los servicios de salud a los afiliados a Caprecom, aun sin que mediara contrato. Y es que obra en el expediente los contratos No. CR15-0035-2012, CR15-0321-2012, CR15-0380-2012 y CR15-0197-2013 celebrados entre Caprecom Regional Boyacá (contratante) y Juan Jaime Sánchez Ramírez (contratista) para el suministro de medicamentos ambulatorios a los afiliados a Caprecom en el Municipio de Cubará durante los siguientes periodos: del 2 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012, del 2 al 31 de mayo de 2012, del 1 de junio al 31 de noviembre de 2012, prorrogado hasta el 31 de marzo de 2013 y del 20 de mayo al 30 de noviembre de 2011, respectivamente (fol.27-32).

Al respecto, la Sala debe señalar, conforme se consideró en la sentencia de unificación, que la buena fe que se exige en la celebración y ejecución de negocios jurídicos y que justifica la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, es la buena fe objetiva, por oposición a la subjetiva que no resulta ser suficiente para invocar el enriquecimiento sin justa como fuente de una obligación.

Al respecto señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*"... la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales, pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino de su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva"<sup>13</sup>.*

Como se observa, la buena fe que invoca el actor, en el sentido de su convencimiento de actuar conforme en derecho para conjurar una situación administrativa transitoria y garantizar la prestación de unos servicios de salud al margen de la suscripción del correspondiente contrato, no resulta ser fuente suficiente para reclamar la obligación de la demandada de pagar los servicios prestados sin respaldo contractual.

En otras ocasiones, la jurisdicción ha negado pretensiones como las que originan el presente proceso, ante la falta de prueba de la urgencia y necesidad del servicio que dejara a las partes en imposibilidad de contratar, y así puede observarse, por ejemplo, en sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) (exp. 25000-23-15-000-2001-00491-01(29869), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se señaló:

*"De otro lado, concretamente sobre la pretensión de actio de in rem verso se dejó dicho que quien la ejerza debe acreditar que el servicio prestado sin el correspondiente amparo contractual tuvo como finalidad "evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud" de determinado afiliado, en razón a lo cual deben aparecer objetiva y manifiestamente acreditadas la urgencia y necesidad del servicio que ubicaron a las partes en la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y celebración del contrato.*

*Como puede verse dentro del material probatorio exhaustivamente examinado y citado, no existe en el plenario ni un solo medio probatorio que demuestre las situaciones fácticas requeridas para la prosperidad de las pretensiones.*

*Es así que los beneficiados con la prestación del servicio cuyo reconocimiento se demanda no se encuentran identificados y, mucho menos, se estableció su vinculación al sistema de salud mediante afiliación a CAJANAL E.P.S.; no se individualizaron los servicios cuyo reconocimiento se demanda; tampoco se acreditaron las circunstancias que justificaron la prestación ni el momento, lugar y modo en que se ejecutó dicha prestación.*

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 730012331000200003075-01 (24897) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; noviembre 19 de 2012).

*Ahora bien, si a esta conclusión se llega frente a los requerimientos generales para el reconocimiento de la deuda, qué podrá decirse frente a los elementos específicos que configuran el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en sede contencioso administrativa, pues, es evidente que la urgencia y necesidad del servicio no aparecen manifiestos y, mucho menos, puede afirmarse la existencia de circunstancias que conllevaron la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y celebración del contrato.*

*Con fundamento en los argumentos expuestos a lo largo de estas consideraciones, la Sala concluye que no se reúnen los elementos para reconocer en sede contencioso administrativa la compensación del enriquecimiento sin causa alegado por la sociedad demandante”.*

Ahora bien, el Ministerio Público solicita que se aplica la inversión de la carga de la prueba, respecto al elemento que echa de menos esta Sala, en cuanto considera que la prueba de la necesidad y urgencia en la prestación del servicio que impidiera la celebración del contrato, debe recaer en la parte demandada.

Al respecto se dirá que la regla general es que al demandante corresponde probar los supuestos de hechos de su pretensión, y en tal sentido a quien correspondía demostrar dicho elemento del enriquecimiento sin justa causa era al demandante, más aun tratándose de un régimen exceptivo como lo es el enriquecimiento sin justa causa. La Sala reitera que, por regla general, el enriquecimiento sin justa causa no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal. De manera que solo por excepción se puede avalar el pago de servicios de salud prestados sin contrato, y esta excepción se justifica exclusivamente en razones de orden superior, cual es evitar un perjuicio irremediable a los derechos a la salud y a la vida. Así, siendo esta la excepción, no puede suponerse ni mucho menos invertirse las cargas procesales, sino que debe probarse por el interesado, que en el caso concreto la necesidad y la urgencia llevaron al desconocimiento de las normas de contratación.

Ahora bien, la inversión de esta carga no puede hacerse al momento de proferir fallo y mucho menos en sede de segunda instancia, ya que el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 es categórica en señalar que la variación por parte del juez de la distribución de la carga de la prueba que fija la ley tiene lugar en cualquier momento del proceso antes de fallar. Por ello, no resulta conforme al principio del debido proceso y a postulados de lealtad con las partes, invertir en este momento la carga de la prueba y aplicar las consecuencias desfavorables de ésta a la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), y en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

### **3.4. De las costas procesales.**

Conforme al artículo 365-1 de la Ley 1564 de 2012, no habrá condena en costas y agencias del derecho al apelante, en cuanto prosperó el recurso de apelación interpuesto.

En cuanto a la parte demandante, conforme al artículo 365-4 deberá ser condenada en costas y agencias en derecho, que serán fijadas en ambas instancias teniendo en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo, se condenará a la parte demandante al pago de Agencias en Derecho en ambas instancias por el valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$211.000.

## **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el treinta (30) de enero de dos mil quince (2015). En su lugar se dispone,

**PRIMERO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.- CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte demandante por el trámite de primera y segunda instancia, liquídense por Secretaría. Se fija como agencias en derecho el equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$211.000.

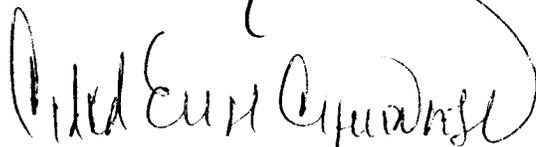
**TERCERO.-** Reconocer personería al abogado Julio Cesar Sánchez como apoderado de Caprecom EICE en Liquidación, para los efectos y en los términos en que fue concedido el poder.

**CUARTO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente a los Juzgados Administrativos (reparto) de Duitama y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
Magistrada

**Ausente Con Permiso**  
**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
Magistrado

lac

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACA  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado  
No. 71 de hoy, 29 ABR 2016  
EL SECRETARIO

