

ACCION CONTRACTUAL - Pretensiones

Mediante la acción de controversias contractuales prevista por el citado artículo 87, es posible controvertir todas aquellas diferencias que se susciten entre la entidad pública contratante y el particular contratista referidas a: i) La existencia o inexistencia del contrato; ii) La validez del negocio jurídico o de alguna de sus cláusulas cuando quiera que se encuentre viciado de nulidad absoluta o relativa; iii) La revisión económica encaminada a determinar si se presentó desequilibrio en las condiciones que fueron previstas al momento de contratar o de presentar oferta; iv) El incumplimiento en el evento de que las partes de la relación negocial incurran en conductas que configuren el desconocimiento de las prestaciones a su cargo o el cumplimiento tardío de las mismas; v) La condena al pago de perjuicios para la parte responsable del daño y vi) Otras declaraciones y condenas que necesariamente deben estar relacionadas con el contrato celebrado, dada la naturaleza de la acción.

ACCION IN REM VERSO - Diferente a la acción contractual / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Noción

Debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de in rem verso, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual. Con fundamento en el principio "iura novit curia" - expone el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.

JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Criterio orgánico. Ley 1107 de 2006 / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Jurisdicción contenciosa administrativa

El artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias y litigios originados en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas y no solo las referidas a "controversias y litigios administrativos", modificación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate-contratual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, pasó a un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad. Como quiera que a la fecha de ocurrencia de los hechos y de presentación de la demanda, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social, naturaleza que fue confirmada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, resulta claro que dicho instituto es una entidad pública descentralizada del orden nacional en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, siendo así no queda la menor duda de que esta jurisdicción es competente para conocer de la controversia.

CONTRATO ESTATAL - Formalidades. Escrito / CONTRATO ESTATAL - Solemnidad / CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento / CONTRATO ESTATAL - Ejecución / CONTRATO ESTATAL - Existencia. Evolución jurisprudencial / REGISTRO PRESUPUESTAL - Evolución jurisprudencial / REGISTRO PRESUPUESTAL - Finalidad

La formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato nazca a la vida jurídica o se perfeccione, ha sido exigida por la Ley 80 de 1993, según se encuentra previsto en los artículos 39 y 41, normatividad que con algunas modificaciones, rige en la actualidad la actividad contractual de las entidades públicas. El artículo 39 prescribe que “los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles...” Por su parte el artículo 41 hace una distinción entre los requisitos de perfeccionamiento del contrato y aquellos exigidos para su ejecución. De esta manera, dispone que “Los contratos del Estado se perfeccionarán cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”, es decir, que los contratos del Estado se reputan solemnes en cuanto que para su existencia se requiere del documento escrito. Como requisito de ejecución, la norma en comento, establece la exigencia de la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales, formalidades que presuponen la existencia del contrato. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse al tema de los requisitos de existencia y ejecución del contrato estatal, consagrados por la Ley 80 de 1993, precisó que el contrato nace a la vida jurídica, es decir, se perfecciona cuando se cumplen las exigencias previstas en el inciso primero del artículo 41 para ello, esto es, cuando existe un acuerdo de voluntades y este se eleve a escrito. Posteriormente cambió su postura y dispuso en auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935, que de conformidad con lo ordenado por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, norma compilada por el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996, el registro presupuestal constituía un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal. Después de haber fijado esta posición, se encuentran varias sentencias de la misma Sala, en las cuales retoma la posición inicial, precisando que el registro presupuestal es un requisito de ejecución, mas no de perfeccionamiento del contrato estatal. Más tarde, categóricamente afirmó la Sala, en sentencia de 28 de septiembre de 2006, Exp. 15307, 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 de lo 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. De conformidad con los lineamientos anteriormente expuestos, no queda la menor duda que la observancia de la formalidad del escrito, en los contratos estatales, es elemento esencial para que el contrato exista y produzca plenos efectos jurídicos, en otras palabras, la instrumentación escrita en los contratos celebrados por el Estado tiene un valor “ad solemnitaten” es decir, constituye una

formalidad “ad substantiam actus” como lo ha reconocido la Sala en varios de sus pronunciamientos. No obstante la exigencia del Estatuto Contractual, para que el acuerdo de voluntades en los contratos celebrados por las entidades públicas se materialice en documento escrito, el parágrafo del mismo artículo 39 de la Ley 80 de 1993, previó la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas cuando la cuantía del contrato estuviere en los rangos definidos por la ley en función de los presupuestos anuales asignados a las respectivas entidades, expresados en salarios mínimos. El artículo 25 del Decreto 679 de 1994, al reglamentar el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80, entendió como formalidades plenas “la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar...” con lo cual reiteró la exigencia del contrato escrito como presupuesto esencial para su existencia o perfeccionamiento, pero además precisó que cuando fuera procedente prescindir de las formalidades plenas, la orden para la ejecución de las obras, trabajos, bienes y servicios objeto del contrato, debía impartirse previamente y por escrito, por parte del Jefe o Representante Legal de la entidad pública contratante o por el funcionario en quien se hubiere delegado la contratación. Dispuso la norma reglamentaria que en dichas órdenes, la entidad pública contratante debía precisar, al menos, el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder al registro presupuestal y las estipulaciones que considerara necesarias de acuerdo con la ley. De otra parte, el contratista debía manifestar expresamente que no se encontraba incurso en inhabilidad o incompatibilidad, de orden legal, alguna para contratar (Inc. 2º del artículo 25 del Decreto 679 de 1994). En este contexto normativo los contratos celebrados por el Estado -bien que se trate de aquellos sometidos al cumplimiento de formalidades plenas, como aquellos que no lo están-, no pueden ser verbales, toda vez que la Ley exige para su existencia, en el primer caso, que la manifestación de voluntades se plasme en un documento escrito y en el segundo, que por lo menos la Administración emita una orden escrita, con unas estipulaciones mínimas bajo las cuales se cumplirá el contrato. Igualmente ordena la ley que el contratista manifieste no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar. De lo anterior se infiere que si no ha mediado contrato firmado por las partes o no hay una orden escrita emanada de la Administración para que el contratista ejecute determinadas obligaciones, en manera alguna podría sostenerse que hubo un contrato estatal, dada la solemnidad que la ley impone para que este tipo de negocios jurídicos puedan nacer a la vida jurídica, esto es, para que alcancen su perfeccionamiento o existencia, de tal suerte que si no se ha cumplido con este elemento esencial, el contrato es inexistente. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 6 de abril de 2000, Exp. 12775; sobre REGISTRO PRESUPUESTAL REQUISITO DE PERFECCIONAMIENTO auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935; sobre REGISTRO PRESUPUESTAL REQUISITO DE EJECUCION: sentencia de 3 de febrero de 2000, Exp. 10399; de 19 de febrero de 2004, Exp. 23626; de 17 de febrero de 2005, Exp. 28360; RECTIFICA REGISTRO PRESUPUESTAL ES REQUISITO DE EJECUCION sentencia de 28 de septiembre de 2006, Exp. 15307; sobre SOLEMNIDAD, CONTRATO ESCRITO sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855; de 2 de mayo de 2007, Exp. 14464; de 20 de febrero de 2008, Exp. 16247.

PRINCIPIO DEL NO ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Inexistencia de contrato / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Fuente de obligaciones / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Requisitos

Cuando un particular ejecuta prestaciones en favor de la Administración, sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o impartido la orden

correspondiente, con los requisitos indicados en la ley, dicho particular tiene derecho a un reconocimiento económico pero no con fundamento en el contrato, debido a que éste nunca se ha perfeccionado o existido, sino, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa. El principio general del derecho que prohíbe el “enriquecimiento sin causa” ha sido materia de aplicación por la jurisprudencia tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en virtud de la interpretación efectuada al artículo 8º de la Ley 153 de 1987, según el cual “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.” De otra parte, el artículo 831 del Código de Comercio consagra este principio en los siguientes términos: “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”. Así, cuando la Administración no ha formalizado un contrato, tal hecho no puede convertirse en fuente de enriquecimiento de su patrimonio, en detrimento del patrimonio del particular que ha ejecutado las correspondientes prestaciones, puesto que en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa, la Administración se encuentra obligada a restituir aquella parte que fue objeto de su enriquecimiento siempre y cuando se den los elementos de la figura y por ende, se acrediten los presupuestos para la procedencia de la actio de in rem verso. Desde esta perspectiva el enriquecimiento sin causa se erige en fuente de obligaciones, según lo ha determinado la jurisprudencia y lo ha entendido la doctrina nacional, a la par con el contrato, el cuasicontrato, los actos jurídicos, los actos ilícitos (delito y cuasidelitos) y la ley, (artículo 1494 del C.C.). Nota de Relatoría: Ver de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia : sentencias de 14 de abril de 1937, M.P. Liborio Escallón; de 6 de septiembre de 1940; de 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; de 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; de 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; de 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; de 9 de marzo de 1984, Exp. 2850, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; de 11 de diciembre de 1984, del mismo ponente.

ACCION IN REM VERSO - Naturaleza. Subsidiaria / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Acción. Subsidiaria / ACCION IN REM VERSO - Finalidad / ACCION IN REM VERSO - Compensación no indemnización / COMPENSACION DEL DAÑO - Enriquecimiento sin causa. Acción in rem verso

La actio de in rem verso es un acción de carácter subsidiario, en cuanto no puede ser ejercida cuando la ley ha consagrado otra acción especial para reparar el detrimento sufrido en el patrimonio, tampoco podrá intentarse por el interesado cuando por su descuido o negligencia no ejerció oportunamente la acción correspondiente y la dejó caducar. El carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento encuentra su justificación en el hecho de que ella no ha sido instituida para reemplazar las acciones especiales expresamente establecidas por la ley o para suplir la negligencia de quienes han dejado prescribir sus acciones. También debe destacarse el carácter compensatorio que se le ha atribuido a la actio de in rem verso, puesto que su finalidad se encuentra orientada a recuperar para el patrimonio empobrecido el valor del provecho o ventaja obtenido en el patrimonio enriquecido, puesto que la acción de in rem verso tiende a restablecer el equilibrio roto entre los dos patrimonios que se relacionan entre sí, en virtud del enriquecimiento y del empobrecimiento correlativo; si el desequilibrio inicial ha desaparecido, no tiene ya razón de ser. No obstante lo anterior, puede suceder que no exista coincidencia o igualdad entre el valor del empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento del otro patrimonio, puesto que: i) el enriquecimiento es superior al empobrecimiento, evento en el cual el valor de la reparación será

por el monto del empobrecimiento, con lo cual se restablece el patrimonio afectado, puesto que la acción no puede convertirse en nueva fuente de enriquecimiento; ii) cuando el enriquecimiento es inferior al empobrecimiento, el valor de la reparación será por el monto del enriquecimiento, puesto que el titular del patrimonio enriquecido no puede resultar condenado por una suma mayor de aquella que realmente ingresó injustificadamente a su patrimonio y ello, porque la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente principal de obligaciones no conduce a la indemnización de un daño sino a la compensación de un detrimento patrimonial injustificado. Ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera, que la teoría del enriquecimiento no conduce “a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.” Nota de Relatoría: Ver de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No 1 de 11 de enero de 2000, Exp. 5808, M.P. Manuel Ardila Velásquez.; Sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. 14669; M.P. Ramiro Saavedra.

PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Evolución jurisprudencial / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Tesis positiva / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Tesis negativa / PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Requisitos

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido unánime al desatar las controversias suscitadas en eventos en los cuales se ha configurado el enriquecimiento injustificado, originado en el hecho de que un particular ejecuta prestaciones a favor del Estado sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o cuando tales prestaciones no están comprendidas dentro del contrato celebrado o son ejecutadas después de haberse terminado la relación contractual. Así ha fijado diversas posturas en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa; lineamientos que en sentir de la Sala han dado lugar a estructurar una tesis positiva y otra negativa, tal como se evidencia del examen de varias de las sentencias que han sido dictadas en el transcurso del tiempo. Tesis Positiva. Se encuentra fundada en el reconocimiento económico al particular que hubiere sufrido un menoscabo de su patrimonio como consecuencia de la ejecución de prestaciones en favor de la Administración, cuando ésta obtuvo un beneficio por el suministro de bienes, la construcción de obras materiales o la prestación de servicios y no obstante se abstuvo de cancelar el valor correspondiente. Igualmente se reconoció la responsabilidad del Estado por los daños causados a un particular por situaciones ocurridas antes de suscribir el contrato con fundamento en el principio de la confianza legítima depositada en el Estado por parte del perjudicado y otras veces, condenó al pago, en aplicación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. Entre las críticas formuladas por la Sala a esta postura se destacan las siguientes: i) Se ha tenido la teoría del enriquecimiento sin causa como título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, desconociendo que es una fuente de obligaciones autónoma y residual; ii) Se ha condenado a la indemnización plena de los perjuicios con fundamento en el enriquecimiento injusto del Estado, olvidando que su carácter es compensatorio y por lo tanto, conduce tan solo a la compensación del patrimonio empobrecido en la cantidad en que realmente se disminuyó; iii) Se ha pasado por alto el cumplimiento de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa. Tesis negativa. En otras ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado la improcedencia de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa en situaciones en las cuales se ejecutan prestaciones sin soporte contractual. En tal sentido sostuvo que la teoría del enriquecimiento sin causa no es fuente de obligaciones, per se, puesto

que debe examinarse el fondo de la realidad fáctica, lo contrario conllevaría a propiciar situaciones de hecho con desconocimiento de la normatividad contractual, con la certeza de que posteriormente se logrará el reconocimiento económico a través del ejercicio de la actio in rem verso. Otra de las razones que expuso la Sala para inaplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, se fundó en el carácter subsidiario de la actio in rem verso, en asuntos en los cuales se ejecutaron prestaciones, no pactadas en el contrato, después de su terminación. Consideró la Sala que en este caso la ley garantizaba a los prestadores de bienes y servicios de la Administración, los deberes y derechos que nacen de la prestación y, que por lo tanto, el desequilibrio económico sufrido podía solucionarse por una vía distinta a la del enriquecimiento sin causa. Igualmente consideró que en estos eventos, en los cuales se ejecutan prestaciones no pactadas en el contrato, el particular obró con pleno conocimiento de estar actuando sin protección del ordenamiento jurídico, conducta que no le permitía luego, alegar su propia culpa. Tesis plasmada por la Sala en la sentencia de 7 de junio de 2007. La Sala reiteró el carácter subsidiario de la acción de in rem verso y advirtió que, para solucionar los problemas que se susciten cuando se ejecutan prestaciones sin existir previamente un contrato, o cuando éste no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto. Advirtió sobre la necesidad de que concurren todos los elementos y condiciones que configuran la teoría del enriquecimiento sin causa, para que sea aplicable, puesto que no basta con demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, puesto que la aplicación generalizada de la teoría ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que “el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”; que “mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa” y que “el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”. Señaló que en situaciones de incumplimiento de las obligaciones legales a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, debía acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de los principios orientadores entre ellos el de buena fe que orienta dichas relaciones, se declarara la responsabilidad y se obtuviera la consecuente condena con indemnización plena de todos los perjuicios. De igual manera destacó la culpa exclusiva del particular quien negligentemente ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, evento en el cual está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales y, por lo tanto, el daño que soporta proviene exclusivamente de su propia actuación. Precisó aquellos eventos en que la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes tanto del ente público como el particular, como cuando el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos pero el particular ejecuta prestaciones con el beneplácito de la Administración, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso el daño proviene de la intervención concurrente de la entidad y del particular; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas. Las orientaciones impartidas por la Sala en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, resultan sumamente útiles para unificar la jurisprudencia, en la solución de los diferentes problemas jurídicos sometidos a su conocimiento; sin embargo, la labor del juez en cada caso particular resulta determinante, puesto que a él corresponde el

deber de establecer la situación fáctica y jurídica que rodeó el asunto y las pruebas que fueron aportadas al expediente y de esta manera desplegar su capacidad de análisis y valoración probatoria para tomar sus decisiones, a la luz del derecho. Nota de Relatoría: Ver sobre tesis positiva: beneficio: sentencia de 6 de noviembre de 1991, Exp. 6306, M.P. Daniel Suarez Hernández y de 4 de julio de 1997, Exp. 10030, M.P. Ricardo Hoyos Duque; sobre CONFIANZA LEGITIMA: Sección Tercera del Consejo de Estado dictadas el 29 de enero de 1998, Exp. 11099, M.P. Daniel Suárez Hernández; de 10 de septiembre de 1992, Exp. 6822, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta; sobre PRINCIPIO DE BUEN FE: Tesis negativa: Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2006, Exp. 25662, M.P. Ramiro Saavedra; sentencia de 7 de junio de 2007, exp 14669, M.P. Dr. Ramiro Saavedra.

CONCILIACION PREJUDICIAL - Cosa juzgada / ACUERDO CONCILIATORIO - Cosa juzgada

Examinado el contenido del acta de conciliación, aprobada por el Tribunal, en ella se advierte que la parte actora se reservó el derecho de reclamar por concepto de intereses, sin que hubiere precisado si se trataba de intereses corrientes o moratorios, civiles o comerciales, pero en parte alguna de dicho documento se observa que el demandante presentara objeción alguna respecto de la suma acordada como pago de capital y menos que se hubiere reservado el derecho a reclamar por la actualización del valor del capital, de lo cual se deduce que este rubro quedó saldado y, por tanto, no podía ser objeto de controversia, toda vez que al ser aprobada la conciliación por parte del Tribunal, esta hizo tránsito a cosa juzgada entre las partes y, en consecuencia, ninguna de ellas podía intentar un proceso judicial respecto de la misma materia litigiosa. En efecto, el artículo 66 de la Ley 446 de 1998 establece que “el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”; por su parte, ha dicho la Corte Constitucional que la conciliación “es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo.” En este contexto, resulta claro que las pretensiones no podían estar orientadas a obtener el reconocimiento y pago de la actualización del capital, por cuanto esta materia ya había sido definida en la conciliación prejudicial que adelantaron las partes, en la medida en que ninguna de ellas manifestó tener reserva alguna sobre el rubro que, por concepto de capital adeudado, fue reconocido por la entidad pública en favor de la parte actora. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C- 893 de 22 de agosto de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

INTERESES - Noción / INTERESES - Clasificación / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Requisitos

En primer lugar habrá de establecerse que los intereses son los frutos civiles, la utilidad o ganancia que produce un capital y que de conformidad con la reglamentación civil o comercial pueden ser remuneratorios, si se causan durante el plazo y moratorios si se causan durante la mora. (Artículos 717, 718, 1617, 2231 y 2232 del C.C.; 883, 884, 885, 1163 y 1251 del C. de Co.) Si los intereses comportan un lucro o ganancia toda vez que el capital no permanece improductivo sino que genera unos réditos, la pregunta que cabe formular es si la no percepción de dicha utilidad por parte del acreedor de un crédito, en tanto que el capital no se encuentra en su poder para obtener su rendimiento, tiene como efecto directo el enriquecimiento del patrimonio del deudor como persona obligada al pago y como consecuencia inmediata y necesaria el empobrecimiento correlativo del patrimonio del acreedor; es decir, si esta situación se enmarca dentro de estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, pues solo si estos presupuestos se

cumplen podría haber lugar a un reconocimiento económico con fundamento en que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”. Para resolver este interrogante es necesario establecer, sin el sub lite, se cumplen los elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa y las condiciones exigidas para el ejercicio de la actio de in rem verso.

ACCION DE IN REM VERSO - Requisitos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Requisitos / ACCION IN REM VERSO - Compensación / ACCION IN REM VERSO - Indemnización integral. Improcedencia / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Pago de intereses. Improcedencia

En eventos como el que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, es decir, cuando la acción que es ejercida es la de in rem verso, el acreedor no tiene derecho a los frutos civiles que hubiere producido el capital pagado en forma tardía y si esto es así, nunca tendría la posibilidad de que hicieran parte de su patrimonio, el cual jamás podría considerarse empobrecido por su no reconocimiento y pago. Igual razonamiento cabe hacer en relación con el patrimonio del deudor, puesto que al no proceder el pago de los intereses en favor del acreedor, su patrimonio no podría verse beneficiado por la no erogación de dichos emolumentos, sencillamente porque jamás estaría obligado a pagarlos cuando se adelantara una acción por enriquecimiento sin causa. En este orden de ideas fuerza concluir que en el presente caso no se configuran estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, consistentes en el enriquecimiento de un patrimonio y el correlativo empobrecimiento del otro, toda vez que la situación de hecho no generó un enriquecimiento en el patrimonio de la entidad pública demandada, como tampoco un empobrecimiento en el patrimonio del particular que suministró los medicamentos, de una parte, porque su valor fue satisfecho por la Administración y de otra, porque en virtud de la citada teoría no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comportaría la reparación integral, sino a una compensación lo cual descarta, de plano, tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662)

Actor: DROGUERIA SANTA FE DE ARAUCA

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-I.S.S.-

Referencia: CONTRACTUAL- APELACION SENTENCIA

Admitido por la Sala, el impedimento manifestado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio para conocer del proceso en segunda instancia¹, puesto que en su condición de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en el proceso de la referencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 24 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual se dispuso:

“1. Denegar las pretensiones solicitadas en la demanda presentada por el señor JOSE EDGAR PRIETO SILVA en representación del establecimiento comercial DROGUERÍA SANTAFE DE ARAUCA, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-SECCIONAL ARAUCA.” (Fls.119)

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El señor José Edgar Prieto Silva en su calidad de propietario del establecimiento comercial denominado Droguería Santa Fe de Arauca, debidamente representado mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, instauró demanda en contra del Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., según escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Arauca, el 22 de septiembre de 1997, con las siguientes pretensiones:

*“1.- Que el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -I.S.S.- SECCIONAL ARAUCA**, reconozca liquide y cancele actualizadamente el valor total de los intereses y el saldo del valor histórico actualizado originados por el suministro de medicamentos a los usuarios del I.S.S., en Arauca, desde el momento de su causación hasta la fecha en que se celebró la conciliación prejudicial celebrada entre las partes y cuyo radicado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca correspondió al expediente No. 601, siendo el Magistrado Ponente el doctor FERNANDO JOSE MARIA MEJIA MEJIA.*

*2.- Que en virtud de lo anterior se condene al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -I.S.S.- SECCIONAL ARAUCA**, a pagar al señor JOSE EDGAR PRIETO SILVA, propietario de la DROGUERÍA SANTAFE DE ARAUCA, el valor total de los intereses actualizado, y el saldo del valor histórico actualizado, originado en el suministro de medicamentos realizados a los usuarios del I.S.S. en Arauca, por orden expresa de servidores públicos profesionales al servicio de ese ente estatal.*

¹ Fls. 160 y 160 vto.

3.-Que a la sentencia que ponga fin al proceso se le de cumplimiento en los términos y señalamientos del C.C.A. y especialmente en sus artículos 176 y 177. (Fl. 3)

1.2. Los Hechos.

Como fundamentos fácticos de la demanda expuso los que a continuación se resumen:

- a) La Droguería Santa Fe suministró medicamentos a usuarios del I.S.S. en el Departamento de Arauca, sin que hubiera mediado contrato escrito, pero con la autorización o aval expreso del personal vinculado a esta entidad, sin embargo, dicha entidad no canceló al proveedor los valores por concepto de los medicamentos debiendo intentarse una conciliación prejudicial que culminó con un acuerdo parcial entre las partes.
- b) La conciliación se logró por la suma de \$130'998.817, correspondiente al capital adeudado u obligación principal, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca según providencia de 26 de junio de 1997, quedando un saldo pendiente de pago por concepto de intereses y el saldo del valor histórico actualizado al mes de mayo de 1997, causados desde el momento en que culminó el suministro de los medicamentos inclusive, hasta la fecha de la celebración de la respectiva audiencia de conciliación prejudicial. (fl. 3 a 6)

1.3. Fundamentos de derecho.

Como fundamentos de derecho adujo que con la aprobación de la conciliación prejudicial se dejó abierto el camino para reclamar el saldo de los dineros adeudados en forma actualizada y los intereses causados para mantener el equilibrio económico de contrato, el cual debió ser restablecido con el pago total de los valores, sin que se pudiera esgrimir como excusa para no hacerlo, la ausencia de contrato escrito, puesto que los errores e inobservancias de la ley son imputables exclusivamente a la Administración. (fls. 5 y 6).

1.4. Actuación Procesal en primera instancia.

Por auto de 15 de octubre de 1997, el Tribunal Administrativo de Arauca admitió la demanda, ordenó la notificación personal al Presidente del I.S.S. y al Agente del Ministerio Público y dispuso su fijación en lista; también señaló el monto de los gastos del proceso, ordenó su consignación y reconoció personería para actuar al apoderado de la parte demandante. (fls 49 a 50)

1.5. Contestación de la demanda.

El término de fijación en lista venció sin que el I.S.S. hubiera contestado la demanda, situación que motivó a la parte actora a solicitar que se tuviera esta omisión como indicio grave en contra de la entidad pública demandada, de conformidad con lo prescrito por el artículo 267 del C.C.A. (fls. 56 a 58)

1.6. La audiencia de conciliación.

El 26 de mayo de 1998, se llevó a cabo la audiencia de conciliación; en la diligencia se hicieron presentes los apoderados de las partes a quienes se les concedió el uso de la palabra. El representante de la parte demandante solicitó el pago de la suma de \$83'973.975 por concepto de intereses originados en el contrato de suministro de medicamentos, valores que señala, no fueron reconocidos en la audiencia de conciliación extrajudicial. La entidad pública demandada manifestó que no presentaría fórmula conciliatoria alguna por cuanto en la audiencia de conciliación prejudicial había sido enfática en señalar que sólo se reconocería el valor del capital adeudado por el suministro de los medicamentos pero no los intereses; razón por la cual, se dio por terminada la diligencia sin lograrse un acuerdo entre las partes y se ordenó continuar con el proceso. (fls. 81 a 82)

1.7 La sentencia Apelada.

Mediante sentencia de 24 de julio de 1998, el Tribunal Administrativo de Arauca denegó las pretensiones de la demanda; su decisión se fundó en las siguientes razones:

La parte actora no solicitó la declaratoria de existencia del contrato de suministro ni la declaratoria de su incumplimiento, pretensiones que caracterizan a la acción contractual, sino que acudió al ejercicio de la referida acción con el fin de que se le

reconociera, liquidara y cancelara, el total de los intereses y el saldo del valor histórico actualizado originados por el suministro de medicamentos a usuarios del I.S.S., en Arauca, desde el momento de su causación hasta la fecha en que se celebró la conciliación prejudicial.

Precisó que la Ley 80 de 1993, estableció la figura del contrato con formalidades plenas el cual debe constar por escrito firmado por las partes, quienes plasmarán los elementos esenciales del mismo y las demás cláusulas a que hubiere lugar, como también consagró el contrato sin formalidades plenas que por razón de su cuantía, establecida con base en el presupuesto de la respectiva entidad, no requiere celebrarse mediante contrato escrito, pero debe ser ordenado previamente de manera escrita, competencia que radica en el jefe o representante legal de la entidad o en quien hubiere delegado la facultad.

Agregó que si se aceptara, en el asunto en estudio, que no era necesario materializar la pretensión contractual de declaratoria de existencia o incumplimiento del contrato de suministro, por cuanto las partes al conciliar estaban aceptando su existencia, lo cierto es que tampoco se demostró con respecto a qué contratos de suministro se solicitaba la causación de intereses y el periodo de los mismos, puesto que no se trataba de un proceso ejecutivo sino de un proceso de conocimiento y, en consecuencia, no era de recibo liquidar los intereses teniendo como base el capital total conciliado y una sola fecha de causación.

Consideró que en estos eventos donde está de por medio una conciliación parcial y se acude al órgano judicial en procura de obtener las pretensiones no conciliadas, la parte actora debe cumplir las cargas procesales que la acción elegida conlleve, tanto en materia de pretensiones como desde el punto de vista probatorio, pero que no lo hizo. (Fls. 110 a 119)

1.8. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte actora, debidamente representada mediante apoderado judicial, interpuso recurso de apelación dentro del término que para el efecto ha previsto la ley (fl. 123), con el fin de que se revocara la decisión de primera instancia. Los argumentos de la impugnación, se concretan en los siguientes aspectos:

- a) El apelante manifestó que reiteraba lo expuesto en la demanda y en el alegato de conclusión presentado en primera instancia; igualmente solicitó que se tuvieran en cuenta las consideraciones del Agente del Ministerio Público, que en su sentir, no fueron valoradas por el a quo al dictar la sentencia.
- b) En relación con la audiencia de conciliación judicial celebrada entre las partes, solicitó que fuera analizada, puesto que el Magistrado ponente asumió una actitud pasiva en la diligencia, al no proponer fórmula de arreglo justa y equilibrada para tratar de solucionar el conflicto planteado, no obstante que esta era una obligación legal que le correspondía atender, amén de tomar una posición que no se ajusta a la realidad.
- c) Señaló que en la documentación aportada al proceso se encontraban todos y cada uno de los fundamentos expuestos por las partes y por el Tribunal de instancia y a continuación solicitó que la decisión tuviera como fundamento la legislación, la jurisprudencia y la doctrina existente sobre la materia. (fls. 153 a 157).

1.9. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Corrido el término del traslado para alegar, las partes guardaron silencio (fl. 150).

1.10. Concepto del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público solicitó traslado especial para intervenir en el proceso (fl. 144). En su vista de fondo solicitó revocar la sentencia dictada por el Tribunal para que en su lugar se declarara la nulidad de todo lo actuado por no corresponder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del asunto.

Los argumentos expuestos por la Delegada se resumen de la siguiente manera:

- a) Consideró que aunque la acción incoada fue la contractual, desde la misma demanda se evidenciaba la inexistencia de una relación de esta naturaleza entre las partes, pues se afirmó que hubo un suministro de medicamentos a usuarios del I.S.S. con autorización o aval expreso de personal vinculado a

esa entidad en Arauca, cuyo valor le fue cancelado en virtud de conciliación prejudicial aprobada por auto de 26 de junio de 1997, expedido por el Tribunal de Arauca.

- b) No se aportó al expediente prueba de la existencia de un contrato o de órdenes de suministro de medicamentos expedida por la entidad, ni entre las pretensiones de la demanda se solicitó la declaratoria de la existencia de una relación contractual entre las partes, circunstancias que llevan a concluir que la acción intentada no podía ser la contractual pues esta solo procede cuando las controversias han surgido de una relación contractual, y, por lo tanto, no mediaba tal vinculación entre las parte enfrentadas.
- c) Concluyó que cualquier reclamación por parte del demandante que tuviera como fuente el suministro de medicamentos a la entidad demandada sólo podía incoarse a través de la acción de enriquecimiento sin causa, idónea para el efecto, al no existir contrato entre las partes y la jurisdicción competente para conocer de ella era la ordinaria y no la contencioso administrativa, en consideración a la naturaleza jurídica del I.S.S., entidad que desde la expedición del Decreto 2184 de 1992, detenta la calidad de empresa industrial y comercial del Estado, cuyos actos deben ser juzgados por la justicia ordinaria de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 vigente a la fecha de presentación de la demanda.
- d) Igualmente señaló que solo cuando los actos y hechos que dan origen a la controversia han sido ejecutados en cumplimiento de una función administrativa, como sucede concretamente con la prestación del servicio de salud, compete su conocimiento a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al igual que cuando se trata de decidir conflictos surgidos de contratos que tengan la categoría de estatales.
- e) Finalmente señaló que como la controversia planteada no tenía origen en un contrato, sino en un hecho de una empresa industrial y comercial del Estado, hecho que no se produjo en ejercicio de la actividad administrativa de prestación de servicio de salud que le corresponde al I.S.S, sino que fue una simple actuación comercial de adquisición de medicamentos, su decisión, en atención a la regla general de competencia corresponde a la justicia ordinaria.
(Fls. 146 a 149)

2. -CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debate, en el presente proceso, el pago de la actualización del capital y los intereses causados por la cancelación tardía de sumas de dinero por concepto del suministro de medicamentos que hiciera el establecimiento de comercio, denominado Droguería Santa Fe de Arauca, demandante en el presente proceso, a los usuarios del I.S.S., sin que hubiere mediado contrato escrito u orden de suministro formal por parte de la entidad estatal, puesto que según la demandante tan sólo se emitió una orden verbal o *“aval expreso de personal vinculado a esa entidad en Arauca.”* (fl. 4)

Se destaca que el I.S.S. canceló el valor del capital adeudado por concepto del suministro de los medicamentos en virtud de la conciliación prejudicial No 111, la cual inició el 11 de abril de 1997 y culminó el 20 de mayo del mismo año, oportunidad en la cual el I.S.S. reconoció lo adeudado al establecimiento comercial Droguería Santa Fe por suministro de medicamentos de abril de 1995 a septiembre del mismo año, sin embargo, se dejó expresa constancia en el acta de conciliación, sobre la posibilidad de reclamar posteriormente los intereses a que hubiere lugar. (fls. 19 y 20)

El estudio del asunto sometido a examen de la Sala se hará en el siguiente orden: 1) La acción incoada 2) La competencia de la Sala; 3) La formalidad del escrito en el contrato estatal; 4) El enriquecimiento sin causa y la *actio de in rem verso*; 5) Los hechos probados; 6) El caso concreto: 6.1. Los pagos efectuados por la entidad pública demandada; 6.2. Las sumas reclamadas por el demandante.

2.1. La acción incoada.

En la demanda formulada, la parte actora manifestó estar ejerciendo la acción de controversias contractuales regulada por el artículo 87 del C.C.A., norma que para la época en que ocurrieron los hechos y se presentó la demanda consagraba lo siguiente:

“De las controversias contractuales -Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las

declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. (...)”

Mediante la acción de controversias contractuales prevista por el citado artículo 87, es posible controvertir todas aquellas diferencias que se susciten entre la entidad pública contratante y el particular contratista referidas a: **i)** La existencia o inexistencia del contrato; **ii)** La validez del negocio jurídico o de alguna de sus cláusulas cuando quiera que se encuentre viciado de nulidad absoluta o relativa; **iii)** La revisión económica encaminada a determinar si se presentó desequilibrio en las condiciones que fueron previstas al momento de contratar o de presentar oferta; **iv)** El incumplimiento en el evento de que las partes de la relación negocial incurran en conductas que configuren el desconocimiento de las prestaciones a su cargo o el cumplimiento tardío de las mismas; **v)** La condena al pago de perjuicios para la parte responsable del daño y **vi)** Otras declaraciones y condenas que necesariamente deben estar relacionadas con el contrato celebrado, dada la naturaleza de la acción.

Se examinará si en el caso sub lite, las pretensiones y condenas tenían como finalidad resolver diferencias surgidas entre la entidad pública contratante y el particular contratista, con ocasión de la presunta celebración de un contrato celebrado entre ellas, o por lo menos, si estaban encaminadas a establecer la existencia misma de la relación contractual, de tal manera que pueda concluirse que la acción ejercida por el demandante, efectivamente, fue la de controversias contractuales.

Entre las declaraciones y condenas impetradas por la parte actora, se encuentran: i) la de reconocimiento y pago de intereses y ii) el pago del saldo del valor histórico actualizado, sobre la suma conciliada prejudicialmente con el I.S.S., por el suministro de medicamentos a usuarios de dicha entidad en el año de 1995, según se afirmó, con autorización, orden o aval de servidores públicos al servicio del citado ente estatal.

Se advierte además, que el demandante no formuló pretensión alguna orientada a la declaratoria de la existencia del contrato; tampoco aportó al proceso documento que demostrara haber celebrado con el I.S.S. un contrato que cumpliera con la formalidad del escrito para su existencia y como prueba de su perfeccionamiento,

o de una orden escrita en este sentido que demostrara el vínculo contractual entre las partes, circunstancia que fue definitiva para que el *a quo* denegara las pretensiones de la demanda, como se advierte de la lectura de la sentencia apelada.

La Sala encuentra acreditado que el contrato escrito no existió pero que el demandante entregó bienes a usuarios afiliados a la institución pública, supuestamente por solicitud de un funcionario que no fue determinado, e igualmente, que la entidad pública reconoció dichos valores a través de la celebración de un acuerdo conciliatorio prejudicial adelantado con la intervención del Ministerio Público, el cual hizo tránsito a cosa juzgada al ser aprobado mediante providencia de 26 de junio de 1997, dictada por el Tribunal Administrativo de Arauca, pero que se abstuvo de cancelar la corrección monetaria y los intereses sobre el capital pagado.

El conjunto de estas circunstancias evidencia que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de controversias contractuales, por la parte actora, realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, ni las pretensiones tienen como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual, sino que realmente se trata de una acción muy diferente, denominada acción de enriquecimiento sin causa.

En este orden de ideas, debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de *in rem verso*, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual.

Con fundamento en el principio "*iura novit curia*" - expone el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288

superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.

2.2. Competencia de la Sala.

La Delegada del Ministerio Público, en su vista de fondo, solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción. Expuso que como la acción incoada era la de enriquecimiento sin causa, toda vez que la controversia no tenía origen en un contrato sino en un hecho emanado de una empresa industrial y comercial del Estado², calidad que detentaba el Instituto del Seguro Social y el hecho se produjo en ejercicio de una mera actuación comercial de adquisición de medicamentos, correspondía a la jurisdicción ordinaria su conocimiento en atención a la regla general de competencia.

En providencia dictada el 31 de enero de 2008, el Magistrado conductor del proceso atendió la solicitud formulada por el Ministerio Público, oportunidad en la cual hizo claridad sobre la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 82 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, norma según la cual, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer de las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006³, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa para dirimir las controversias y

² En virtud de lo prescrito por el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, "Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos."

³ El artículo 1º de la citada ley dispuso: "El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. (...)."

litigios originados en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas y no solo las referidas a “*controversias y litigios administrativos*”, modificación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate: contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, pasó a un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad.

Como quiera que a la fecha de ocurrencia de los hechos y de presentación de la demanda, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992⁴, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, naturaleza que fue confirmada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993⁵, resulta claro que dicho instituto es una entidad pública descentralizada del orden nacional en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁶, siendo así no queda la menor duda de que esta jurisdicción es competente para conocer de la controversia.

2.3. La formalidad del escrito en el contrato estatal.

La formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato nazca a la vida jurídica o se perfeccione, ha sido exigida por la Ley 80 de 1993, según se encuentra previsto en los artículos 39 y 41, normatividad que con algunas

⁴ El artículo 1º del Decreto 2148 de 1992, prescribe: “*El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*”.

⁵ El artículo 275 de la Ley 100 de 1993, estableció: “*El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*”

⁶ El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 estableció que la rama ejecutiva del poder público está integrada entre otras entidades, por las Empresas industriales y comerciales del Estado.

modificaciones⁷, rige en la actualidad la actividad contractual de las entidades públicas.

El artículo 39 prescribe que *“los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles...”*

Por su parte el artículo 41 hace una distinción entre los requisitos de perfeccionamiento del contrato y aquellos exigidos para su ejecución. De esta manera, dispone que *“Los contratos del Estado se perfeccionarán cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”,* es decir, que los contratos del Estado se reputan solemnes en cuanto que para su existencia se requiere del documento escrito. Como requisito de ejecución, la norma en comento, establece la exigencia de la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales, formalidades que presuponen la existencia del contrato.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸ al referirse al tema de los requisitos de existencia y ejecución del contrato estatal, consagrados por la Ley 80 de 1993, precisó que el contrato nace a la vida jurídica, es decir, se perfecciona cuando se cumplen las exigencia previstas en el inciso primero del artículo 41 para ello, esto es, cuando existe un acuerdo de voluntades y este se eleve a escrito.

Posteriormente cambió su postura y dispuso en auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935, que de conformidad con lo ordenado por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, norma compilada por el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996, el registro presupuestal constituía un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal.

⁷ La Ley 1150 de 2007, derogó el Parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 y por ende tal determinación se ve reflejada en el Decreto 679 que había reglamentado el citado Parágrafo.

⁸ Entre otras pueden citarse la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 6 de abril de 2000, Exp. 12775.

Después de haber fijado esta posición, se encuentran varias sentencias de la misma Sala⁹, en las cuales retoma la posición inicial, precisando que el registro presupuestal es un requisito de ejecución, mas no de perfeccionamiento del contrato estatal.

Más tarde, categóricamente afirmó la Sala, en sentencia de 28 de septiembre de 2006, Exp. 15307¹⁰, 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 de lo 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.

De conformidad con los lineamientos anteriormente expuestos, no queda la menor duda que la observancia de la formalidad del escrito, en los contratos estatales, es elemento esencial para que el contrato exista y produzca plenos efectos jurídicos, en otras palabras, la instrumentación escrita en los contratos celebrados por el Estado tiene un valor "*ad solemnitatem*" es decir, constituye una formalidad "*ad substantiam actus*" como lo ha reconocido la Sala en varios de sus pronunciamientos¹¹.

⁹ Al respecto se citan las siguientes sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 3 de febrero de 2000, Exp. 10399; de 19 de febrero de 2004, Exp. 23626; de 17 de febrero de 2005, Exp. 28360;

¹⁰ En esta oportunidad afirmó la Sala: "*Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato, es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvien a otro fin. De conformidad con lo expuesto se tiene que: -Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración. -Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, "se perfecciona" cuando "se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito", y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. -El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.*"

¹¹ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855; de 2 de mayo de 2007, Exp. 14464; de 20 de febrero de 2008, Exp. 16247.

No obstante la exigencia del Estatuto Contractual, para que el acuerdo de voluntades en los contratos celebrados por las entidades públicas se materialice en documento escrito, el parágrafo del mismo artículo 39¹² de la Ley 80 de 1993, previó la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas cuando la cuantía del contrato estuviere en los rangos definidos por la ley en función de los presupuestos anuales asignados a las respectivas entidades, expresados en salarios mínimos.

El artículo 25 del Decreto 679 de 1994, al reglamentar el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80, entendió como formalidades plenas *“la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar...”* con lo cual reiteró la exigencia del contrato escrito como presupuesto esencial para su existencia o perfeccionamiento, pero además precisó que cuando fuera procedente prescindir de las formalidades plenas, la orden para la ejecución de las obras, trabajos, bienes y servicios objeto del contrato, debía impartirse previamente y por escrito, por parte del Jefe o Representante Legal de la entidad pública contratante o por el funcionario en quien se hubiere delegado la contratación.

Dispuso la norma reglamentaria que en dichas órdenes, la entidad pública contratante debía precisar, al menos, el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder al registro presupuestal y las estipulaciones que considerara necesarias de acuerdo con la ley. De otra parte, el contratista debía manifestar expresamente que no se encontraba incurso en inhabilidad o incompatibilidad, de orden legal, alguna para contratar (Inc. 2º del artículo 25 del Decreto 679 de 1994).

En este contexto normativo los contratos celebrados por el Estado -bien que se trate de aquellos sometidos al cumplimiento de formalidades plenas, como aquellos que no lo están-, no pueden ser verbales, toda vez que la Ley exige para su existencia, en el primer caso, que la manifestación de voluntades se plasme en un documento escrito y en el segundo, que por lo menos la Administración emita una orden escrita, con unas estipulaciones mínimas bajo las cuales se cumplirá el

¹² El Parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, pero estaba vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos.

contrato. Igualmente ordena la ley que el contratista manifieste no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar.

De lo anterior se infiere que si no ha mediado contrato firmado por las partes o no hay una orden escrita emanada de la Administración para que el contratista ejecute determinadas obligaciones, en manera alguna podría sostenerse que hubo un contrato estatal, dada la solemnidad que la ley impone para que este tipo de negocios jurídicos puedan nacer a la vida jurídica, esto es, para que alcancen su perfeccionamiento o existencia, de tal suerte que si no se ha cumplido con este elemento esencial, el contrato es inexistente.

2.4 El enriquecimiento sin causa y la actio de in rem verso.

2.4.1. El principio del enriquecimiento sin causa como consecuencia de la no existencia del contrato. Elementos de la figura.

Cuando un particular ejecuta prestaciones en favor de la Administración, sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o impartido la orden correspondiente, con los requisitos indicados en la ley, dicho particular tiene derecho a un reconocimiento económico pero no con fundamento en el contrato, debido a que éste nunca se ha perfeccionado o existido, sino, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa.

El principio general del derecho que prohíbe el “*enriquecimiento sin causa*” ha sido materia de aplicación por la jurisprudencia tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en virtud de la interpretación efectuada al artículo 8º de la Ley 153 de 1987, según el cual “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.*” De otra parte, el artículo 831 del Código de Comercio consagra este principio en los siguientes términos: “*nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”.

Así, cuando la Administración no ha formalizado un contrato, tal hecho no puede convertirse en fuente de enriquecimiento de su patrimonio, en detrimento del patrimonio del particular que ha ejecutado las correspondientes prestaciones, puesto que en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa, la

Administración se encuentra obligada a restituir aquella parte que fue objeto de su enriquecimiento siempre y cuando se den los elementos de la figura y por ende, se acrediten los presupuestos para la procedencia de la *actio de in rem verso*.

Desde esta perspectiva el enriquecimiento sin causa se erige en fuentes de obligaciones, según lo ha determinado la jurisprudencia¹³ y lo ha entendido la doctrina nacional¹⁴, a la par con el contrato, el cuasicontrato, los actos jurídicos, los actos ilícitos (delito y cuasi-delitos) y la ley, (artículo 1494 del C.C.)

A la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ y de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶, los elementos constitutivos de la figura del enriquecimiento sin causa, han sido definidos de la siguiente manera:

¹³ En sentencia de 6 de septiembre de 1940, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que el enriquecimiento sin causa constituye una fuente de obligaciones, así discurrió: *"Dentro de la ciencia jurídica moderna ha prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y muy sintéticas otras, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes: 1) El acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 del C.C. 2) El hecho ilícito, o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal. 3) La ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciadas también en el sistema del código. 4) El enriquecimiento sin causa."*

¹⁴ "EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro es que tal situación está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con el delito o cuasidelito. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de las que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla del dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesoria, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa.

"Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera." (OSPINA Fernández, Guillermo "Régimen General de las Obligaciones", Ed. Temis, Bogotá, Octava edición Pág. 42 y 43.)

¹⁵ Entre otras, las sentencias de 14 de abril de 1937, M.P. Liborio Escallón; de 6 de septiembre de 1940; de 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; de 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; de 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; de 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶ Se pueden consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 9 de marzo de 1984, Exp. 2850, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; de 11 de diciembre de 1984, del mismo ponente.

“1º) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.¹⁷

2º) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3º) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4º) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

¹⁷ El enriquecimiento puede producirse de varios modos: **i)** Mediante el traspaso voluntario que una persona hace a otra de una ventaja o provecho, es decir, cuando han mediado declaraciones de voluntad. Esta clase de enriquecimientos se denominan voluntarios directos o inmediatos **ii)** Cuando se procura a otro un provecho económico sin que medien declaraciones de voluntad del enriquecido y el empobrecido, denominados enriquecimientos inmediatos involuntarios, como cuando se paga una deuda sin autorización del deudor y **iii)** Cuando se proporciona a otro una ventaja mediata o indirecta a través del patrimonio o del trabajo de una persona diferente del empobrecido o enriquecido, denominados enriquecimientos mediatos o indirectos, los cuales también pueden ser involuntarios. (VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MOSALVE, Álvaro, Derecho Civil, De las obligaciones, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pág. 311.)

Por lo tanto, carece igualmente de la acción... el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5º) La acción... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado...".¹⁸ (Se subraya).

No obstante que la jurisprudencia emanada de Corte Suprema de Justicia adoptó como elementos del principio del enriquecimiento sin causa, los establecidos en los numerales 4º y 5º, referidos a: i) que el demandante no disponga de otra acción y ii) que no se pretenda con ella, violar normas imperativas del ordenamiento jurídico, conviene precisar que éstos en realidad corresponden a presupuestos exigidos para el ejercicio de la acción por enriquecimiento o *actio de in rem verso*, más que a los elementos propios del principio señalado.

La *actio de in rem verso* es un acción de carácter subsidiario, en cuanto no puede ser ejercida cuando la ley ha consagrado otra acción especial para reparar el detrimento sufrido en el patrimonio, tampoco podrá intentarse por el interesado cuando por su descuido o negligencia no ejerció oportunamente la acción correspondiente y la dejó caducar. El carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento encuentra su justificación en el hecho de que ella no ha sido instituida para reemplazar las acciones especiales expresamente establecidas por la ley o para suplir la negligencia de quienes han dejado prescribir sus acciones.¹⁹

Sobre la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“Su característica más notable es la subsidiariedad; esta acción sólo procede ante la ausencia de otra acción en pos del empobrecido; en este punto no es de recibo la coexistencia de acciones; por ello, cuando el actor promueve un proceso ejecutivo con el que ha ejercitado la acción cambiaria, no puede mientras el ejecutivo esté en curso, instaurar la acción de enriquecimiento, porque ello implica ejercitar simultáneamente dos acciones.²⁰

¹⁸ Gaceta Judicial XLIV, 474. (Cita original de la sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. 14669).

¹⁹ JOSSERAND, Louis, Tomo I, número 574; citado por Arturo Valencia Zea en la obra citada, pág. 317.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No 1 de 11 de enero de 2000, Exp. 5808, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

También debe destacarse el carácter compensatorio que se le ha atribuido a la *actio de in rem verso*, puesto que su finalidad se encuentra orientada a recuperar para el patrimonio empobrecido el valor del provecho o ventaja obtenido en el patrimonio enriquecido, puesto que la acción de in rem verso tiende a restablecer el equilibrio roto entre los dos patrimonios que se relacionan entre sí, en virtud del enriquecimiento y del empobrecimiento correlativo; si el desequilibrio inicial ha desaparecido, no tiene ya razón de ser.²¹

No obstante lo anterior, puede suceder que no exista coincidencia o igualdad entre el valor del empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento del otro patrimonio, puesto que: i) el enriquecimiento es superior al empobrecimiento, evento en el cual el valor de la reparación será por el monto del empobrecimiento, con lo cual se restablece el patrimonio afectado, puesto que la acción no puede convertirse en nueva fuente de enriquecimiento; ii) cuando el enriquecimiento es inferior al empobrecimiento, el valor de la reparación será por el monto del enriquecimiento, puesto que el titular del patrimonio enriquecido no puede resultar condenado por una suma mayor de aquella que realmente ingresó injustificadamente a su patrimonio y ello, porque la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente principal de obligaciones no conduce a la indemnización de un daño sino a la compensación de un detrimento patrimonial injustificado.

Ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera, que la teoría del enriquecimiento no conduce **“a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.”**²²

2.4.2. Las tesis planteadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al principio del enriquecimiento sin causa.

²¹ JOSSERAN, Louis, Tomo I, número 576.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. 14669; M.P. Ramiro Saavedra.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido unánime al desatar las controversias suscitadas en eventos en los cuales se ha configurado el enriquecimiento injustificado, originado en el hecho de que un particular ejecuta prestaciones a favor del Estado sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o cuando tales prestaciones no están comprendidas dentro del contrato celebrado o son ejecutadas después de haberse terminado la relación contractual.

Así ha fijado diversas posturas en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa; lineamientos que en sentir de la Sala han dado lugar a estructurar una tesis positiva y otra negativa, tal como se evidencia del examen de varias de las sentencias que han sido dictadas en el transcurso del tiempo.

Tesis Positiva.

Se encuentra fundada en el reconocimiento económico al particular que hubiere sufrido un menoscabo de su patrimonio como consecuencia de la ejecución de prestaciones en favor de la Administración, cuando ésta obtuvo un beneficio por el suministro de bienes, la construcción de obras materiales o la prestación de servicios y no obstante se abstuvo de cancelar el valor correspondiente²³.

Igualmente se reconoció la responsabilidad del Estado por los daños causados a un particular por situaciones ocurridas antes de suscribir el contrato con fundamento en el principio de la confianza legítima²⁴ depositada en el Estado por parte del perjudicado y otras veces, condenó al pago, en aplicación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Entre las críticas formuladas por la Sala a esta postura se destacan las siguientes:

- i) Se ha tenido la teoría del enriquecimiento sin causa como título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, desconociendo que es una fuente de obligaciones autónoma y residual;
- ii) Se ha condenado a la indemnización plena de los perjuicios con fundamento en el enriquecimiento injusto del Estado, olvidando que su carácter es compensatorio y por lo tanto,

²³ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado; de 6 de noviembre de 1991, Exp. 6306, M.P. Daniel Suarez Hernández y de 4 de julio de 1997, Exp. 10030, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ Se destacan las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado dictadas el 29 de enero de 1998, Exp. 11099, M.P. Daniel Suárez Hernández; de 10 de septiembre de 1992, Exp. 6822, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

conduce tan solo a la compensación del patrimonio empobrecido en la cantidad en que realmente se disminuyó; iii) Se ha pasado por alto el cumplimiento de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa.

Tesis negativa.

En otras ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado la improcedencia de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa en situaciones en las cuales se ejecutan prestaciones sin soporte contractual.

En tal sentido sostuvo que la teoría del enriquecimiento sin causa no es fuente de obligaciones, per se, puesto que debe examinarse el fondo de la realidad fáctica, lo contrario conllevaría a propiciar situaciones de hecho con desconocimiento de la normatividad contractual, con la certeza de que posteriormente se logrará el reconocimiento económico a través del ejercicio de la actio de in rem verso.

Otra de las razones que expuso la Sala para inaplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, se fundó en el carácter subsidiario de la actio de in rem verso, en asuntos en los cuales se ejecutaron prestaciones, no pactadas en el contrato, después de su terminación. Consideró la Sala que en este caso la ley garantizaba a los prestadores de bienes y servicios de la Administración, los deberes y derechos que nacen de la prestación y, que por lo tanto, el desequilibrio económico sufrido podía solucionarse por una vía distinta a la del enriquecimiento sin causa.

Igualmente consideró que en estos eventos, en los cuales se ejecutan prestaciones no pactadas en el contrato, el particular obró con pleno conocimiento de estar actuando sin protección del ordenamiento jurídico, conducta que no le permitía luego, alegar su propia culpa.²⁵

Tesis plasmada por la Sala en la sentencia de 7 de junio de 2007.

- 1) La Sala reiteró el carácter subsidiario de la acción de in rem verso y advirtió que, para solucionar los problemas que se susciten cuando se ejecutan

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2006, Exp. 25662, M.P. Ramiro Saavedra.

prestaciones sin existir previamente un contrato, o cuando éste no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.

- 2) Advirtió sobre la necesidad de que concurren todos los elementos y condiciones que configuran la teoría del enriquecimiento sin causa, para que sea aplicable, puesto que no basta con demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, puesto que la aplicación generalizada de la teoría ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que *“el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”*; que *“mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa”* y que *“el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”*.
- 3) Señaló que en situaciones de incumplimiento de las obligaciones legales a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, debía acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de los principios orientadores entre ellos el de buena fe que orienta dichas relaciones, se declarara la responsabilidad y se obtuviera la consecuente condena con indemnización plena de todos los perjuicios.
- 4) De igual manera destacó la culpa exclusiva del particular quien negligentemente ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, evento en el cual está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales y, por lo tanto, el daño que soporta proviene exclusivamente de su propia actuación.
- 5) Precizó aquellos eventos en que la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes tanto del ente público como el particular, como cuando el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos pero el particular ejecuta prestaciones con el beneplácito de la Administración, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso el daño proviene de la intervención concurrente de la entidad y del particular; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular

porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.

Las orientaciones impartidas por la Sala en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, resultan sumamente útiles para unificar la jurisprudencia, en la solución de los diferentes problemas jurídicos sometidos a su conocimiento; sin embargo, la labor del juez en cada caso particular resulta determinante, puesto que a él corresponde el deber de establecer la situación fáctica y jurídica que rodeó el asunto y las pruebas que fueron aportadas al expediente y de esta manera desplegar su capacidad de análisis y valoración probatoria para tomar sus decisiones, a la luz del derecho.

Con estas precisiones procede la Sala a adelantar el examen del caso sometido a su conocimiento en esta oportunidad.

2.5 Los hechos probados.

Del examen de las pruebas aportadas al expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- a) El señor José Edgar Prieto Silva, parte actora en este proceso, a través del establecimiento de comercio denominado Droguería Santa fe de Arauca, registrado en Cámara de Comercio (fl. 13), suministró medicamentos a usuarios del I.S.S. entre el mes de abril y el mes de septiembre de 1995. (fl. 15)
- b) El I.S.S. reconoció adeudar a la citada droguería el valor de los medicamentos, razón por la cual se adelantó la diligencia de conciliación prejudicial en la cual se comprometió a cancelar el valor de los mismos con descuento de 14 fórmulas que al parecer fueron adulteradas. (fl. 18).
- c) El I.S.S. efectivamente reconoció adeudar a la Droguería Santa fe de Arauca la suma de \$130'998.817, dinero que se comprometió a pagar dos (2) meses después de la fecha en que el Tribunal aprobara la correspondiente conciliación. (fl. 19)

- d) En la conciliación prejudicial la parte actora aceptó el valor reconocido por el I.S.S. por concepto de capital y dejó abierta la posibilidad de reclamar posteriormente los intereses a que hubiere lugar, es decir, las partes conciliaron sobre la *“totalidad del capital adeudado dejando la posibilidad de reclamar posteriormente por los intereses”*. (fl. 19 y 20).
- e) En el acta suscrita el 20 de mayo de 1997, el Procurador Judicial informó al Tribunal que sobre esta obligación y por las mismas partes se había conciliado en febrero de 1996, en el expediente conciliatorio No. 22 de 1996, que se encuentra archivado en el Tribunal. (fl. 20)
- f) La conciliación prejudicial cumplida el 20 de mayo de 1997, ante el Procurador Judicial 52 Administrativo, fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante providencia de 26 de junio de 1997, con lo cual hizo tránsito a cosa juzgada. (fl. 21 a 36)
- g) En la misma providencia de 26 de junio de 1997, el Tribunal indicó que estas diligencias habían sido conocidas y decididas por dicha Corporación, mediante auto de 4 de julio de 1996, pero que se había negado la aprobación de la conciliación prejudicial, por ausencia de prueba.(fl. 30)
- h) En cumplimiento de la conciliación prejudicial antes indicada el I.S.S. tramitó en favor de la parte actora el pago de la suma de \$130'998.817,00, la cual, después de efectuarse los descuentos tributarios de ley, fue cancelada por un valor neto de \$127'068.852, mediante cheque del Banco Central Hipotecario No. 903477 de 28 de agosto de 1997, girado a favor de José Edgar Prieto y/o Droguería Santa Fe. (fls. 45 a 46)

2.6 El caso concreto.

El asunto sometido a conocimiento de la Sala, mediante el recurso de alzada, alude al reconocimiento y pago tanto de la actualización del capital como de los intereses que, en sentir de la parte actora, se causaron por el no pago oportuno de los valores correspondientes a medicinas suministradas a usuarios del I.S.S., durante los meses de abril a septiembre de 1995, sin que previamente existiera un contrato o una orden escrita, impartida por la entidad pública demandada, puesto

que al plenario no se arrimó documento alguno que así lo demostrara, es decir, que la controversia se originó en una relación comercial verbal.

La Sala confirmará la sentencia apelada por las razones que a continuación serán expuestas.

2.6.1 Los pagos efectuados por la entidad pública demandada.

Entre el material probatorio aportado al plenario, obra copia del acta de conciliación prejudicial formalizada el 20 de mayo de 1997 y aprobada por el Tribunal Administrativo del Casanare mediante providencia de 26 de junio de 1997, la cual hizo tránsito a cosa juzgada. Mediante esta forma de terminación de los conflictos²⁶, las partes finiquitaron sus diferencias en relación con la obligación dineraria surgida del suministro de medicamentos a usuarios del I.S.S., sin que previamente se hubiere suscrito un contrato o impartida orden escrita.

Se destaca la conducta asumida por la entidad pública demandada, frente a la situación de hecho que se presentó, toda vez que reconoció haberse beneficiado del suministro de medicamentos entregados por la parte actora y acudió prontamente al mecanismo de la conciliación prejudicial para efectuar su pago, intento que resultó fallido en una primera oportunidad debido a que el Tribunal improbió el acuerdo conciliatorio por deficiencia de la prueba. No obstante tal situación, procedió con diligencia a recopilar los diferentes medios probatorios e intentó la conciliación por segunda vez, esta vez, con resultados satisfactorios al ser aprobada por el Tribunal, en consecuencia, la conciliación hizo tránsito a cosa juzgada y adquirió fuerza de sentencia.

En cumplimiento de esta decisión, el I.S.S. reservó los recursos presupuestales necesarios y efectivamente realizó el pago del capital adeudado a la parte demandante, tan solo dos meses después de impartida la aprobación, hecho que tuvo ocurrencia el 26 de junio de 1997 y el cheque se giró el 28 de agosto del mismo año, por valor de \$127'068.852, después de efectuado el descuento de retención en la fuente.

²⁶ “La conciliación es un acto de disposición y es ley para las partes, quienes de manera soberana definen sus obligaciones y la forma en que ellas habrán de cumplirse. Por lo tanto, cuando se conviene en el pago de una suma de dinero y además se determina el momento en el cual dicha suma será pagada, el funcionario que compromete a la entidad debe prever que para la fecha respectiva dispondrá de los recursos suficientes.” (Auto de 13 de agosto de 1998, Exp. 14663, M.P. Ricardo Hoyos Duque.)

2.6.2 Las sumas reclamadas por el demandante.

En la demanda se pretende el reconocimiento y pago del *“valor total de los intereses y el saldo del valor histórico actualizado originados por el suministro de medicamentos a los usuarios del I.S.S., en Arauca, desde el momento de su causación hasta la fecha en que se celebró la conciliación prejudicial celebrada entre las partes...”*

Como se observa, la pretensión comprende dos rubros a saber: i) el valor total de los intereses y ii) el saldo del valor histórico actualizado.

Examinado el contenido del acta de conciliación, aprobada por el Tribunal, en ella se advierte que la parte actora se reservó el derecho de reclamar por concepto de intereses, sin que hubiere precisado si se trataba de intereses corrientes o moratorios, civiles o comerciales, pero en parte alguna de dicho documento se observa que el demandante presentara objeción alguna respecto de la suma acordada como pago de capital y menos que se hubiere reservado el derecho a reclamar por la actualización del valor del capital, de lo cual se deduce que este rubro quedó saldado y, por tanto, no podía ser objeto de controversia, toda vez que al ser aprobada la conciliación por parte del Tribunal, esta hizo tránsito a cosa juzgada entre las partes y, en consecuencia, ninguna de ellas podía intentar un proceso judicial respecto de la misma materia litigiosa.

En efecto, el artículo 66 de la Ley 446 de 1998 establece que *“el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”*; por su parte, ha dicho la Corte Constitucional²⁷ que la conciliación *“es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo.”*

En este contexto, resulta claro que las pretensiones no podían estar orientadas a obtener el reconocimiento y pago de la actualización del capital, por cuanto esta materia ya había sido definida en la conciliación prejudicial que adelantaron las partes, en la medida en que ninguna de ellas manifestó tener reserva alguna sobre

²⁷ Sentencia C- 893 de 22 de agosto de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

el rubro que, por concepto de capital adeudado, fue reconocido por la entidad pública en favor de la parte actora.

Descartada la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener el pago por concepto de actualización del capital que fue satisfecho en la conciliación prejudicial, resulta necesario entonces examinar en el caso sub lite, si resulta procedente el pago de intereses reclamados con fundamento en la acción *de in rem verso*, de conformidad con las orientaciones fijadas por la jurisprudencia de la Sala.

En primer lugar habrá de establecerse que los intereses son los frutos civiles, la utilidad o ganancia que produce un capital y que de conformidad con la reglamentación civil o comercial pueden ser remuneratorios, si se causan durante el plazo y moratorios si se causan durante la mora. (Artículos 717, 718, 1617, 2231 y 2232 del C.C.; 883, 884, 885, 1163 y 1251 del C. de Co.)

Si los intereses comportan un lucro o ganancia toda vez que el capital no permanece improductivo sino que genera unos réditos, la pregunta que cabe formular es si la no percepción de dicha utilidad por parte del acreedor de un crédito, en tanto que el capital no se encuentra en su poder para obtener su rendimiento, tiene como efecto directo el enriquecimiento del patrimonio del deudor como persona obligada al pago y como consecuencia inmediata y necesaria el empobrecimiento correlativo del patrimonio del acreedor; es decir, si esta situación se enmarca dentro de estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, pues solo si estos presupuestos se cumplen podría haber lugar a un reconocimiento económico con fundamento en que *“nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”*.

Para resolver este interrogante es necesario establecer, sin el sub lite, se cumplen los elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa y las condiciones exigidas para el ejercicio de la actio de in rem verso.

- 1) El enriquecimiento del patrimonio de la entidad pública y el correlativo empobrecimiento del particular.

En cuanto al enriquecimiento de la entidad pública demandada habrá de precisarse que la ventaja patrimonial que debe reportar el patrimonio del deudor,

puede entenderse en dos sentidos, como lo ha indicado la jurisprudencia: i) positivo, cuando el patrimonio del deudor efectivamente obtiene un incremento o adición y ii) negativo cuando se evita la disminución o menoscabo en el patrimonio del deudor.

En el sub examine se probó que la entidad pública demandada, por vía de conciliación prejudicial, la cual fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Arauca, canceló a la parte actora el valor total del capital adeudado por concepto de los medicamentos que fueron suministradas, según cheque No. 903477, girado el 28 de agosto de 1997, por valor de \$127'068.852 después de impuestos.

Las probanzas anteriores demuestran, sin lugar a duda, que el patrimonio de la entidad pública, en su calidad de deudora, no reportó incremento alguno, ni tampoco se evitó que sufriera una disminución o mengua de sus recursos presupuestales derivando así un beneficio, sino todo lo contrario, pues al efectuarse el pago al propietario del establecimiento comercial, su acreedor, los recursos que se destinaron para este fin salieron del patrimonio de la Administración y se trasladaron o desplazaron a la empresa comercial como contraprestación por el suministro de medicamentos que había efectuado, de donde se advierte que tampoco se presentó el correlativo empobrecimiento del proveedor, puesto que recibió el pago correspondiente a los bienes suministrados.

Pero como la pretensión de la parte actora está orientada a que se ordene la reparación integral de los perjuicios que considera haber sufrido, es decir, que pretende también el reconocimiento del lucro cesante,²⁸ representado en el pago de los frutos civiles que el capital adeudado hubiere producido, de haberse pagado en tiempo al acreedor, esto es, dentro del mes siguiente de presentada la cuenta de cobro, según lo prevé la Ley para las ventas o suministros al fiado²⁹; será necesario establecer si dicho reconocimiento y pago resulta procedente.

La Ley 446 de 1989, en su artículo 16, estableció la necesidad de que en los procesos judiciales, en los cuales se pretende la reparación de los daños

²⁸ La ley civil ha definido los conceptos de daño emergente y lucro cesante en los siguientes términos: "**Artículo 1614.**- Entiéndese por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por **lucro cesante**, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

causados, ésta se haga consultando los principios de indemnización integral, norma que impone al fallador el deber de acatar este precepto legal, lo cual no significa que su aplicación se haga indistintamente en todos los asuntos en los cuales se demande la reparación de los daños causados por la Administración, puesto que será preciso analizar la situación fáctica y jurídica de cada caso concreto con el fin de determinar si procede o no la reparación integral.

En asuntos como el que en esta ocasión ocupa la atención de la Sala, han sido diversos las posturas adoptadas por la Sala, tal como se expuso ampliamente en acápite anterior de esta providencia. En virtud de la tesis positiva, la Sala con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, reconoció³⁰ la reparación integral del daño -daño emergente y lucro cesante-, causado por la Administración, cuando el particular había ejecutado prestaciones sin que hubiere precedido un contrato u orden escrita de la Administración.

No obstante lo anterior, la Sala en sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 14669, modificó su postura y fijó su criterio en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, determinando que su naturaleza es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole como lo son el pago de las utilidades o frutos civiles del capital pues ello conllevaría a desnaturalizar la teoría del enriquecimiento sin causa y a dar a la *actio de in rem verso* un alcance que desborda las pretensiones que le son propias.

Desde esta perspectiva, en eventos como el que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, es decir, cuando la acción que es ejercida es la *de in rem verso*, el acreedor no tiene derecho a los frutos civiles que hubiere producido el capital pagado en forma tardía y si esto es así, nunca tendría la posibilidad de que hicieran parte de su patrimonio, el cual jamás podría considerarse empobrecido por su no reconocimiento y pago. Igual razonamiento cabe hacer en relación con el patrimonio del deudor, puesto que al no proceder el pago de los intereses en

²⁹ (Art. 885 del C. de Co.)

favor del acreedor, su patrimonio no podría verse beneficiado por la no erogación de dichos emolumentos, sencillamente porque jamás estaría obligado a pagarlos cuando se adelantara una acción por enriquecimiento sin causa.

En este orden de ideas fuerza concluir que en el presente caso no se configuran estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, consistentes en el enriquecimiento de un patrimonio y el correlativo empobrecimiento del otro, toda vez que la situación de hecho no generó un enriquecimiento en el patrimonio de la entidad pública demandada, como tampoco un empobrecimiento en el patrimonio del particular que suministró los medicamentos, de una parte, porque su valor fue satisfecho por la Administración y de otra, porque en virtud de la citada teoría no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comportaría la reparación integral, sino a una compensación lo cual descarta, de plano, tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos.

Concluye la Sala que en el caso examinado no procede el pago de los intereses reclamados por la parte actora, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido, pero por diferentes razones.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE sentencia del 24 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Arauca.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, remítase el expediente al Tribunal Administrativo de origen.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1998, Exp. 11099, M.P. Daniel Suárez Hernández.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Ejecución de prestaciones sin contrato. Improcedencia / EJECUCION DE PRESTACIONES SIN CONTRATO - Enriquecimiento sin causa. Improcedencia

En la providencia respecto de la cual aclaro mi voto, se niega el reconocimiento de los frutos e intereses que reclama la parte actora, con fundamento en que, el enriquecimiento sin causa no conduce a indemnizar sino a compensar al empobrecido. Esta afirmación es verdadera, pero no aplicable al caso concreto, pues el evento aquí planteado impone resolver el petitum tomando en cuenta los elementos de la responsabilidad, el daño y la imputación jurídica, que, de estar demostrados, harían procedente la indemnización plena de los perjuicios deprecados. Considero que en la providencia respecto de la cual aclaro mi voto, la Sala debió precisar que resultaba improcedente aplicar la invocada teoría del enriquecimiento sin causa y, al verificar los elementos de la responsabilidad patrimonial demandada, confirmar la providencia apelada porque la parte actora no probó siquiera el daño alegado. Nota de Relatoría: Ver sentencia 14669 del 7 de junio del 2007, CP: Ramiro Saavedra Becerra. Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO; sentencia 15.079 del 30 de julio de 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662)

Actor: DROGUERIA SANTA FE DE ARAUCA

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-I.S.S.-

Referencia: CONTRACTUAL- APELACION SENTENCIA

Con todo respeto para con la Sala procedo a exponer las razones por las cuales aclaré mi voto en el presente asunto.

1. La sentencia de la referencia, confirma la providencia del Tribunal Administrativo de Arauca por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se demostraron todos supuestos que hacen posible la aplicación del enriquecimiento sin justa causa, como fuente de obligaciones. Al efecto se explica que no se demostró el enriquecimiento de la entidad, ni la correlativa mengua patrimonial de la parte actora.

Luego de explicar los fundamentos expuestos en la sentencia 14669 del 7 de junio del 2007³¹, en la cual se afirmó que la teoría del enriquecimiento sin justa causa resultaba improcedente para resolver situaciones en las que se analiza la ejecución de prestaciones sin contrato, la sentencia decide las peticiones formuladas por el actor apelante, mediante la aplicación de la referida tesis.

2. En la citada sentencia 14669 la Sala dijo:

“La Sala encuentra indispensable resaltar el carácter subsidiario de la acción in rem verso y considera que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones sin que exista el contrato, o cuando, como en el presente caso el contrato no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.

Advierte también que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento.

³¹ CP: Ramiro Saavedra Becerra. Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO

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

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

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

También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.”³²

Advierto así que la Sala ha señalado que en estos eventos debe demostrarse i) el **daño**, consistente en la privación del pago del valor de lo ejecutado y ii) que el mismo es **imputable** a la entidad demandada, porque se produjo por su acción u

³² Reiterada entre otras, en la sentencia 15.079 del 30 de julio de 2008.

omisión. Análisis que comprende también la revisión del comportamiento del que se considera *damnificado*.

3. Con fundamento en lo anterior estoy en desacuerdo con la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, para resolver cuestiones como las planteadas en el caso concreto, toda vez que los eventos de ejecución de prestaciones sin contrato deben resolverse mediante la verificación de los elementos que configuran la Responsabilidad del Estado.

Al efecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo expuesto por la Sala al pronunciarse sobre los problemas jurídicos formulados en un proceso en el que se alegó la ejecución de prestaciones sin contrato:

“La situación analizada se debe resolver mediante el análisis de los elementos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado, sin perder de vista que en este caso, tanto la entidad como el particular, omitieron el cumplimiento de lo dispuesto en la ley para lograr el perfeccionamiento del contrato; como tampoco que los dos sujetos, desconocieron la prohibición prevista en el artículo 48 del decreto ley 222 de 1983, según la cual ‘Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente estatuto no podrá pagarse o desembolsarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen’.

*Para deducir la responsabilidad que se demanda debe demostrarse inicialmente el **daño**, consistente en la privación del pago del valor de lo ejecutado y además que el mismo es **imputable** a la entidad demandada, porque se produjo por su acción u omisión. Esta verificación comprende el análisis del comportamiento del que se considera damnificado, con miras a definir si su comportamiento tuvo incidencia o no en la producción del daño, toda vez que dicha concurrencia podría definir, según su grado de influencia, la disminución del valor correspondiente a la indemnización, conforme lo prevé el Código Civil.³³*

Se precisa igualmente, que si se comprueba la existencia de los elementos que determinan la responsabilidad del Estado, debe declararse e imponerse la condena al pago de la indemnización de los perjuicios, en el entendido de que la fuente de esta obligación no es el contrato, pues como el mismo no se perfeccionó, no genera las obligaciones en él contenidas.”³⁴(Subrayo)

4. En la providencia respecto de la cual aclaro mi voto, se niega el reconocimiento de los frutos e intereses que reclama la parte actora, con fundamento en que, según lo explicado en la sentencia 14669, el enriquecimiento sin causa no conduce a indemnizar sino a compensar al empobrecido. Esta afirmación es verdadera, pero no aplicable al caso concreto, pues el evento aquí planteado impone resolver el petitum tomando en cuenta los elementos de la

³³ Artículo 2.357: *La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

³⁴ Sentencia 13597 del 8 de noviembre de 2007; actor: SOCIEDAD TALLERES AUTORIZADOS S.A.

responsabilidad, *el daño y la imputación jurídica*, que, de estar demostrados, harían procedente la indemnización plena de los perjuicios deprecados.

Considero que en la providencia respecto de la cual aclaro mi voto, la Sala debió precisar que resultaba improcedente aplicar la invocada teoría del enriquecimiento sin causa y, al verificar los elementos de la responsabilidad patrimonial demandada, confirmar la providencia apelada porque la parte actora no probó siquiera el daño alegado.

En los anteriores términos planteo las razones de esta aclaración.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA