

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico en materia contractual.

Algunas Entidades del Estado en atención a sus necesidades y características particulares pueden utilizar normas de derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les de competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. Es decir, cuentan con un régimen contractual especial. Este es el caso de las Empresas sociales del Estado, a las que la Ley 100 de 1993 les atribuyó la prestación de servicios de salud y determinó que constituyen una categoría especial de Entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa sometidas al siguiente régimen jurídico contractual: (...) Esto quiere decir que aun cuando su naturaleza es pública, lo cierto es que no están sujetas a las disposiciones establecidas por el Legislador en el Estatuto de la Contratación, pues el citado numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, únicamente remitió a dicho Estatuto para efectos de aplicación de las cláusulas exorbitantes. A su vez, téngase en cuenta que en virtud de los extremos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como también se encuentra sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos para la contratación estatal: (...). Ahora bien, téngase en cuenta que con independencia de las normas sustanciales que gobiernen los contratos que celebran estas Entidades excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, es la jurisdicción contencioso Administrativa la competente para resolver los conflictos que se presenten en el marco de su actividad contractual. En ese sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó: (...). Postura reiterada al interior del expediente número 37004 así: (...).

ACTIO IN REM VERSO – Procedencia por enriquecimiento sin causa.

Mediante Sentencia del Consejo de Estado proferida el día 19 de noviembre de 2012 al interior del proceso con radicado 73001-23-31-000-200003075-01(24897) la Sala Plena de la Sección tercera del Consejo de Estado unificó jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa y *actio de in rem verso*. En dicha jurisprudencia se analizó un caso contra el Municipio de Melgar, es decir contra una Entidad Territorial sometida al rigor contractual del Estatuto General de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993. Al interior de dicho contexto, la Sala precisó que por regla general la *actio in rem verso* por enriquecimiento sin causa no procede en eventos de ejecución de un trabajo o servicio sin contrato escrito: (...). Esto en razón a que en virtud de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes, puesto que su perfeccionamiento exige la elevación del acuerdo a escrito: (...). Como excepción a la anterior regla, la citada Sentencia de Unificación admite hipótesis en las que resulta procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno: (...). El Consejo de Estado agregó que, en estos casos, en donde resulta admisible la *actio de in rem verso* (Entidad pública en virtud de su supremacía construyó o impuso la ejecución de suministro de bienes en su beneficio por fuera del marco de un contrato estatal; urgencias para adquirir suministros para evitar una amenaza o lesión irreversible; omisión de declaración de urgencia manifiesta y solicita el suministro sin contrato escrito alguno), la acción de reparación directa es pertinente para alegar la pretensión de enriquecimiento sin causa: (...)

ACTIO IN REM VERSO – Improcedencia en el caso concreto de demanda contra Empresa Social del Estado por no estructurarse ninguna las excepciones sentadas en sentencia de unificación del Consejo de Estado para que proceda, sin que medie contrato estatal.

El apoderado de la parte Demandante expone en el recurso de apelación estar en desacuerdo con la postura del Juzgado de instancia relacionada con que al tratarse de una Empresa Social del Estado sometida al régimen privado no le es aplicable la jurisprudencia del Consejo de Estado y que la Sentencia de Unificación ampara únicamente relaciones contractuales regidas por la Ley 80 de 1993. Considera que si bien es cierto el régimen contractual de dichas entidades lo es el del derecho privado, lo cierto es que tiene categoría de ser contratos estatales y por tanto deben atender los principios de la Función Administrativa acogidos en la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, el recurrente solicita que el análisis del caso se realice a la luz de la Sentencia de Unificación proferida al interior del radicado 73001-2331-000-2000-03075-01(24897) pues considera que tiene aplicación cuando se está frente a un Contrato estatal. Respecto de este punto, la Sala considera que le asiste razón al recurrente pues las reglas establecidas en la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado al interior del radicado interno número 24897, a pesar de haberse proferido en el marco de un proceso cuya entidad demandada lo es un Municipio sometido al rigor contractual del Estatuto General de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993, pueden ser aplicables en los casos en que intervenga una Empresa Social del Estado. Por lo anterior, procede la Sala a determinar si los supuestos fácticos probados al interior del expediente encajan en las siguientes hipótesis en las que resulta procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato, esto de conformidad con los extremos de la reiteradamente citada sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado al interior del expediente interno número 24897: a. Que de manera exclusiva la entidad pública sin la culpa del particular afectado, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium hubiera constreñido o impuesto al particular la ejecución de la prestación del servicio; b. Que se trate de servicio urgente y necesario para evitar la lesión inminente e irreversible de un bien jurídico vinculado a la salud, la vida o integridad personal; c. Que debiéndose declarar la urgencia manifiesta por parte de la administración, se omitió tal declaratoria y se solicitó por parte de la administración la prestación del servicio. En caso de configurarse alguna de las citadas hipótesis, la Sala deberá revocar la decisión de primera instancia y proceder a determinar el valor del enriquecimiento. Siendo así procede la Sala a resolver los siguientes interrogantes relacionados con las dos causales respecto de las cuales eventualmente podrían encajar los supuesto fácticos del caso: a. ¿Existió constreñimiento por parte de la Empresa Social del Estado Hospital Andrés Girardot de Güicán- Boyacá a la Fundación Social del Tolima - FINSOTOL- para que le suministrara diferentes bienes y servicios? La primera excepción establecida por el Consejo de Estado determina la posibilidad de reconocer el dinero equivalente al enriquecimiento que percibe una parte y al empobrecimiento que sufre otra cuando: “de manera exclusiva la entidad pública sin la culpa del particular afectado, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium hubiera constreñido o impuesto al particular la ejecución de la prestación del servicio”. (...). En el presente caso, no se encuentra acreditado el que la Empresa Social del Estado demandada haya ejercido algún tipo de fuerza o poder que obligara al demandante al suministro de bienes y servicios en su favor. A su vez, de los argumentos expuestos en la demanda, en la impugnación, y de las pruebas practicadas al interior del proceso no se advierte la presencia de órdenes que conllevaran indefectiblemente a la Empresa demandante a cumplir con lo requerido. No existe argumento alguno respecto de una eventual anulación de voluntad e imposición de comportamiento, contrario sensu, de lo probado al interior del proceso se concluye la existencia de un acuerdo de voluntades e incluso la existencia de una presunta actuación irregular por parte de las directivas de la Empresa Demandada, que debe estar siendo objeto de investigación por parte de las autoridades competentes en virtud de la acertada compulsión de copias que realizó el Juzgado de Instancia. No obstante, dichas irregularidades no implican la existencia de límite

alguno a la libre determinación de la empresa demandante, para que de manera autónoma y libre decidiera suministrar o no bienes y servicios a la Empresa Social Demandada. Por lo anterior, la Sala advierte que no se configuró el requisito del constreñimiento que da lugar a que en ejercicio de la actio in rem verso se considere el enriquecimiento sin justa causa y, por contera, se disponga su correctivo. b. ¿El suministro de bienes y servicios se realizó ante la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud? Otro de los casos excepcionales en donde resulta procedente la actio in rem verso es: (...) Dicho precepto es categórico en exigir para su configuración, que el servicio prestado se encuentre dirigido a “evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud” y que la urgencia y necesidad estén plenamente acreditadas. Verificadas las facturas que obran en el expediente se advierte la existencia de suministro de diferentes bienes. Unos de ellos relacionados directamente con la prestación del servicio de salud como por ejemplo: suministro de medicamentos, de material quirúrgico, artículos de fisioterapia, elementos de odontología; y otros bienes que si bien son útiles para la materialización del objeto social de la Empresa Social del Estado, lo cierto es que no están plenamente relacionados con la prestación del servicio de salud, como por ejemplo: la compra de computadores portátiles, artículos de aseo, de papelería, bolsas plásticas. En cuanto al suministro de aquellos bienes relacionados directamente con la prestación del servicio de salud, si bien se encontró acreditado por el Juzgado de instancia su efectivo suministro a la Empresa demandada, la Sala advierte que no obra prueba alguna al interior del expediente en donde se acredite que el suministro de esos bienes se hizo para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la Salud de determinado afiliado. Al contrario, se trata de bienes cuya adquisición es necesaria permanentemente para la prestación del servicio, por lo que la Entidad y el contratista no estaban en imposibilidad de suscribir el respectivo contrato. En la demanda y en el recurso de apelación solamente se señala por parte del interesado que: “los bienes y servicios suministrados fueron adquiridos dada la urgencia y necesidad de la ESE”. No obstante, se omitió relacionar de manera expresa y probar las circunstancias de necesidad y urgencia que supuestamente justificaron el suministro de cada uno de los bienes relacionados con la prestación del servicio de salud que le fueron suministrados a la Empresa Social del Estado demandada. Por lo anterior, esta Corporación confirmará la Sentencia recurrida, porque no se encuentra acreditado dentro del expediente la materialización de alguno de los supuestos que determinan la procedencia de la actio in rem verso establecidos por el Consejo de Estado en la citada Sentencia de Unificación, pues no se acreditó el constreñimiento, ni el que la prestación de servicio de salud hubiera obedecido a una imposibilidad o urgencia que pusiera en riesgo el derecho a la vida y salud de algún paciente.

NOTA DE RELATORÍA: La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, suele ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word quede con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI SAMAI siguiendo este link:

https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=152383333003201900050021500123

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 11 de abril de 2024

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA

DEMANDANTE: FUNDACION SOCIAL DEL TOLIMA

DEMANDADO: ESE HOSPITAL ANDRES GIRARDOT DE GUICAN

RADICADO: 15238333300320190005002

I. ASUNTO A RESOLVER:

1. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA¹

2. Por conducto de apoderado judicial constituido al efecto y en ejercicio del medio de control de reparación directa, la **FUNDACIÓN SOCIAL DEL TOLIMA (FUNSOTOL)**² presentó demanda por enriquecimiento sin causa, en contra del **HOSPITAL ANDRÉS GIRARDOT DE GUICAN**.
3. Como pretensiones de la Demanda, solicitó:
 - Que se declare que la Fundación Social del Tolima (FUNSOTOL) suministró al HOSPITAL ANDRÉS GIRARDOT DE GÜICÁN artículos de

¹ Expediente Digital se encuentra en el índice número 00039 en SAMAI. ² Representada legalmente por el Señor DWISHT PINO PEÑA

aseo, medicamentos medico quirúrgicos, odontológicos, de cafetería, papelería, etc...

- Que se declare que la Fundación Social del Tolima firmó ordenes de suministro, las cuales le generaron la convicción de que debía cumplir con la entrega y el suministro de los artículos.
- Que se declare que el Hospital demandado recibió a satisfacción de la Fundación Social del Tolima los siguientes artículos suministrados:

FACTURA NO.	FECHA FACTURA	CONCEPTO Y/O ARTÍCULO SUMINISTRADO	VALOR Y/O CAPITAL	DOCUMENTO SOPORTE DE INGRESO ALMACÉN HOSPITAL GUICAN	TOTAL CAPITAL E INTERESES
1	16/02/2017	Seis películas orthocormaticas	2.577.540	Documento entrada almacén No. 468 del 26/02/2017	4.077.319,68
2	27/02/2017	Computador portátil Lenovo I5	3.000.000	Cuenta por pagar 3219 del 27/02/17	4.712.633,61
3	15/03/2017	Suministro de medicamentos	1.011.876	Documento entrada de farmacia No. 180 del 15/03/2017	1.572.857,57
4	15/03/2017	Suministro de cartillas sicap	6.075.000		9.438.965,06
6	28/03/2017	Suministro de artículos de cafetería	636.000	Documento de entrada almacén No. 483 del 28/03/2017	990.682,58

9	28/03/2017	Suministros de artículos de aseo	2.288.489	Documento de entrada almacén No. 472 del 28/03/2017	3.532.078,31
---	------------	----------------------------------	-----------	---	--------------

10	28/03/2017	Suministros de artículos de papelería	7.975.618	Documento de entrada almacén No. 470 del 28/03/2017	12.309.653,81
----	------------	---------------------------------------	-----------	---	---------------

11	28/03/2017	Suministro de material médico quirúrgico	2.993.641	Documento de entrada almacén No. 484 del 28/03/2017	4.620.417,42
----	------------	--	-----------	---	--------------

12	28/03/2017	Suministro de medicamentos	1.502.930	Documento de entrada almacén No. 471 del 28/03/2017	2.319.638,18
----	------------	----------------------------	-----------	---	--------------

13	28/03/2017	Suministro de medicamentos	308.700	Documento de entrada almacén No. 179 del 28/03/2017	476.450,87
----	------------	----------------------------	---------	---	------------

14	28/03/2017	Suministro de portátil Lenovo Intel N3060	2.200.000	Documento de entrada almacén No. 4 del 28/03/2017	3.395.503,44
----	------------	---	-----------	---	--------------

15	18/04/2017	Suministro de bolsas plásticas para clasificación de desechos	4.596.000	Documento de entrada almacén No. 481 del 17/03/2017	7.005.147,86
----	------------	---	-----------	---	--------------

17	8/05/2017	Suministro de medicamentos	648.000	Documento de entrada almacén No. 185 del 8/05/2017	975.805,14
18	17/05/2017	Suministro de medicamentos	2.584.646	Documento de entrada almacén No. 186 del 16/05/2017	3.852.933,72

20	31/05/2017	Suministro de medicamentos	3.194.900	Documento de entrada almacén No. 187 del 31/05/2017	4.749.682,37
21	15/05/2017	Suministros de artículos de fisioterapia	650.000	324.651,02	974.651,02
22	17/05/2017	Suministro de humidificador de oxígeno medicinal, nissir inv 2014dm-0011397 lote 013 E 1116H nov 30 20121	242.760	Documento de entrada almacén No. 486 del 17/05/2017	363.787,40
23	17/06/2017	Suministro de elementos de aseo	2.818.277	Documento de entrada almacén No. 488 del 17/06/2017	4.145.911,85
25	17/06/2017	Suministros de elementos de odontología	1.958.000	Documento de entrada almacén No. 489 del 17/06/2017	2.880.375,28
26	17/06/2017	Suministro de impresos	2.451.400		3.603.961,88

28	17/06/2017	Suministro de dispositivos médicos	3.330.034		4.895.698,62
29	17/06/2017	Suministro de dispositivos médicos	3.356.365		4.934.409,62
30	17/06/2017	Suministro de papelería	3.048.899		17.382.384,85
31	17/06/2017	Suministro de papelería	3.617.600		5.318.468,01
32	17/06/2017	Suministro de dispositivos médicos	2.630.976		3.867.968,18
33	17/06/2017	Suministro de elementos de laboratorio	2.498.643		3.673.416,87
34	30/06/2017	Suministro de folletos	1.338.750	Documento entrada almacén	1.953.474,37
				No. 948 del 30/06/2017	
35	28/06/2017	Suministro de medicamentos	3.537.574		5.168.427,51
36	28/06/2017	Suministro de medicamentos	2.699.900		3.944.578,24
38	11/08/2017	Suministro de medicamentos	3.920.836		5.572.796,69
TOTAL			79.693.354		132.710.079,91

- Que se declare que el Hospital Andrés Girardot de Güicán Boyacá no canceló la contraprestación en dinero luego de haber recibido a satisfacción cada uno de los artículos suministrados
- Que se declare que el Hospital se encuentra obligado a reconocer en favor de la Fundación Social del Tolima los costos en que incurrió para el suministro de los diferentes artículos médicos, de aseo, de cafetería, quirúrgicos, de cómputo etc.
- Que se condene al Hospital Andrés Girardot de Güicán a pagar a la Fundación Social del Tolima, todas las sumas y valores resultantes de

la prosperidad de las pretensiones, las cuales se liquidan en un total de \$132.710.079

- Que se condene a la Entidad demandada a pagar todas las costas del proceso y agencias en derecho; a su vez que se dé cumplimiento a los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. Como supuestos fácticos de la demanda indicó que la Fundación Social del Tolima (FUNSOTOL) durante el año 2017 desarrolló actividades de suministro de diferentes artículos médicos, quirúrgicos, tecnológicos, de logística, papelería, de aseo, de cafetería, etc... al hospital ANDRES GIRARDOT DE GUICAN BOYACÁ.
 5. Indica que cada vez que se hacía un pedido se le exigían los documentos necesarios para realizar los trámites contractuales, documentos que le entregaban directamente a la gerencia y que inicialmente contaban con la firma, sin embargo, nunca se le facilitaron los contratos bajo el argumento de que se encontraban en trámite.
 6. Que no se pagaron las facturas número 1,2,3,4,5,6,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,20,21,22,23,25,26,27,28,29,30,31,32,33,34,35,36,37 y 38, por lo que el demandante solicitó en varias oportunidades el pago y/o los supuestos comprobantes.
 7. Por lo que radicó derecho de petición en donde, entre otros, solicitó a la Empresa Social del Estado se expida certificación en la que se indique si FUNSOTOL FUNDACIÓN SOCIAL DE TOLIMA suministró bienes, obras o servicios al hospital Andrés Girardot de Güicán, indicando que clase de bienes, obras o servicios, las fechas de prestación de los mismos, el valor, el número de contrato; se expida certificación de ingresos y retenciones de las vigencias 2016 y 2017 a favor de FUNSOTOL FUNDACIÓN SOCIAL DEL TOLIMA; se certifique el número de cuenta a la que se han hecho los pagos de las facturas presentadas durante la vigencia 2016 y 2017 o el nombre de la persona que ha reclamado cheque o cualquier otro medio de pago; se expida certificación en la que indique número de facturas, fecha de las facturas y cuales se han cancelado durante la vigencia 2016 y 2017; se expida copia autentica de los contratos u órdenes de servicios o cualquier documento que tenga el equivalente, suscrito para suministrar

los bienes, obras, servicios facturados; se expida copia de los certificados de disponibilidad presupuesta y registro presupuestal con los que se amparó la adquisición de obras, bienes o servicios suministrados por FUNSOTOL; se certifique quien figura como beneficiario de la cuenta del Banco Agrario No. 01540-000022-8 teniendo en cuenta que la Fundación no tiene cuenta en ese banco y no ha recibido transferencia electrónica como lo indican en los comprobantes de egreso No. 3153 del 28 de febrero de 2017, 3196 del 13 de junio de 2017, 3214 del 30 de junio de 2017, 3268 del 27 de junio de 2017; se expida copia del manual de contratación vigente para los años 2016 y 2017 de la ESE; se expida certificación en la que se indique quien era el representante legal de la ESE durante el año 2016 y 2017.

8. Indica el demandante que la ESE no brindó respuesta a su requerimiento por lo que tuvo que acudir a la Acción de tutela en donde se amparó su derecho fundamental y se ordenó al Hospital Andrés Girardot de Güicán que en el término de 48 horas diera respuesta a la petición
9. Señala que la ESE cumplió parcialmente allegando parte de la información requerida y una vez verificada dicha información advirtió que:
 - Que algunas ordenes de servicio entregadas no tenían numeración
 - Que la firma que aparece en los supuestos contratos y supuestas órdenes de compra no eran las del señor PINO PEÑA.
 - Que las firmas allí impuestas son falsas y en consecuencia de lo anterior nunca se hizo contrato.
 - Que nunca se hizo contrato pese a que la Fundación aportó la información requerida
 - Que se relacionan varios comprobantes de egreso donde supuestamente se hacen pagos de las facturas reclamadas, también con firmas que no son las del señor *Dwisht* como único representante legal de la fundación.
 - Que los comprobantes de egreso en donde supuestamente se hicieron pagos a la entidad demandante No.3153 del 28 de febrero de 2017, 3196 del 13 de junio de 2017, 3214 del 30 de junio de 2017, 3382 del 11 de octubre de 2017, 3268 del 27 de julio de 2017 y el 3364 del 14 de septiembre de 2017 son documentos que al verificar las firmas del

supuesto beneficiario son diferentes y no corresponden a las del señor DWISHT PINO PEÑA

- Que de forma irregular y falsa se ha pretendido a través de documentos públicos justificar pagos que nunca fueron realizados a su real beneficiario o destinatario.
10. Considera que por todo lo anterior se configuró un enriquecimiento sin causa para el Hospital Andrés Girardot de Güicán y un menoscabo correlativo del patrimonio de la Fundación Social del Tolima (FUNSOTOL), pues se entregaron en su totalidad los suministros y estos no se pagaron.
 11. Indica que no se puede iniciar una acción contractual, cuando la convocada presuntamente ha falsificado ideológicamente documentos públicos, al plasmar en las supuestas ordenes de suministro o contratos firmas distintas a las del señor DWISHT PINO PEÑA en calidad de representante legal de FUNSOTOL

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

12. La entidad demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones afirmando que el suministro de bienes y servicios a favor de la Empresa Social del Estado obedeció únicamente a los acuerdos precontractuales y contractuales existentes entre las partes, previa presentación de la oferta por parte del contratista, existencia de documentos de disponibilidad y registro presupuestal, así como también el documento de orden de suministro.
13. Formuló las excepciones de ineptitud de la demanda por ausencia de los requisitos formales; falta de los presupuestos para alegar el enriquecimiento sin causa pro-acción in rem verso; falta de los presupuestos para alegar procedibilidad de la acción in rem verso conforme a la sentencia de unificación con radicado 24.897, Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa; régimen jurídico contractual de la Empresa Social del Estado y falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3. SENTENCIA IMPUGNADA²

14. Surtidas las ritualidades legales del trámite procesal en primera instancia, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama profirió sentencia el día 24 de marzo de 2022, mediante la cual se negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.
15. Para arribar a tal conclusión, el Juez de instancia estudió la normatividad y jurisprudencia relevante en cuanto al Enriquecimiento sin causa; *la actio in rem verso* como figura procesal que permite reclamar los efectos de la vulneración del principio del enriquecimiento sin causa; las normas aplicables a las Empresas Sociales del Estado en materia de enriquecimiento sin causa; y el enriquecimiento sin cusa desde el Derecho privado.
16. Posteriormente, realizó análisis y valoración probatoria en relación con cada uno de los requisitos jurisprudenciales de procedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa establecidos por la Corte Suprema de Justicia, encontrando acreditado que:
 - Existió un enriquecimiento por parte de la ESE comoquiera que esta generó órdenes de suministros que fueron ejecutadas por FUNSOTOL y sobre las cuales se crearon las facturas s 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38; y en atención a que los bienes y servicios contenidos en las facturas fueron efectivamente entregados y realizados por FUNSOTOL a favor de la ESE.
 - Existió empobrecimiento correlativo del demandante. Pues no se demostró que las ordenes de servicio y sus facturas hayan sido efectivamente pagadas a FUNSOTOL.

Respecto de los comprobantes de egreso, gracias a la práctica de prueba pericial relacionada con estudio grafológico, el Juzgado concluyó que no puede tomar los comprobantes de egreso Nos. 3102 del 28/04/2017, 3153 del 28/02/2017, 3196 del 13/06/2017, 3196 del 13/06/2017, 3214 del,

² Índice número 00041 del expediente digital en SAMAI

30/06/2017, 3268 del 27/07/2017, 3382 del 11/10/2017, y 3278 del 11/08/2017, 3364 del 14/09/2017 como prueba del pago de las facturas 0001, 0002, 0003, 0006, 0009, 0010, 0011, 0012, 0013, 0014, 0015, 0018, 0020, 0021, 0025 y 0023 toda vez que, al haberse demostrado y probado por la parte demandante que las firmas contenidas en cada uno de ellos no fueron impuestas por el señor DWISHT PINO PEÑA como representante legal de FUNSOTOL, carecen de la suficiente fuerza probatoria para entregar la convicción y certeza necesarias para considerar que efectivamente la entidad demanda dio pagó a tales facturas.

Sumado a lo anterior, tampoco encontró comprobante bancario a través del cual se pudiera comprobar que las facturas 0001, 0002, 0003, 0006, 0009, 0010, 0011, 0012, 0013, 0014g, 0015, 0018, 0020, 0021, 0025 y 0023 que en apariencia fueron canceladas a través de esos comprobantes de pago, fueron efectivamente pagadas y que, por tanto, los dineros respectivos fueron recibidos por la parte demandante. Lo mismo respecto de las facturas 4, 17, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 38 toda vez que, no solo no cuentan con un comprobante de egreso, sino que tampoco se allegó prueba alguna que permitiera corroborar que la E.S.E., efectivamente pagó los suministros allí cobrados.

Respecto de supuesto comprobando de transferencia a terceros de fecha 27 de julio de 2017 por valor de 5'041.633,00 COP, considera que dicho comprobante no posee información suficiente que permita establecer con certeza si a través de tal transferencia se realizó pago de alguna factura y por cual concepto en específico.

En cuanto a fotos de colillas, al parecer pertenecientes a Cheques a través de los cuales se pretende acreditar el egreso y pago efectivo de alguna factura, considera que no constituyen comprobante de pago, no demuestran que hayan sido cobrados por FUNSOTOL, ni mucho menos entregados a dicha fundación como beneficiaria de los mismos para que procediera a su cobro.

Agrega que no se allega prueba diferente en donde se corrobore que, los cheques fueron cobrados por FUNSOTOL, o que definitivamente a través de ellos se puso a disposición del demandante el pago que hoy se reclama.

En lo que atañe a los cheques 6652, 6669, y 6651 considera que: no solo adolecen de las falencias anteriormente mencionadas, sino que además no existe otro soporte que permita siquiera establecer, cuales facturas y ordenes de servicio se pretendía cancelar a través de los mismos. Por tanto, tampoco otorgan la convicción necesaria que lleve a este Despacho a entender o verificar sobre qué pagos se realizaron por su conducto.

- Que el desequilibrio entre los dos patrimonios se produjo CON causa jurídica. Respecto de lo cual argumenta que los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas del derecho privado y en esa medida no se rigen por los rigores del Estatuto de Contratación, específicamente en lo relacionado con la solemnidad y formalismos exigidos para predicar su existencia y perfeccionamiento.

Considera, que conforme al material probatorio y la tipología contractual entre la Sociedad demandante y la ESE demandada existió un contrato verbal de suministro entre los meses de febrero y agosto del año 2017.

Considera, que por la naturaleza de la Empresa Social del Estado no puede considerarse inexistente la relación contractual por el hecho de no haberse elevado el acuerdo de voluntades a escrito, pues esto desconocería que la ESE están regidas, contractualmente, por el Derecho privado y por tanto no se encuentran obligadas a cumplir las formalidades del Estatuto General de Contratación.

17. En conclusión, el Juzgado determinó que el empobrecimiento sufrido por FUNSOTOL como consecuencia del enriquecimiento de la ESE, y que produjo un desequilibrio entre ambos patrimonios, se produjo con causa jurídica, cual es un contrato de suministro, por lo que el demandante disponía del medio de control de controversias contractuales en aras de obtener la declaratoria de existencia de los contratos de suministros mencionados y así perseguir su cumplimiento.
18. Sumado a lo anterior, consideró que las pretensiones de la demanda van más allá de lo que puede pedirse en la *actio in rem verso*, al ser una acción única y exclusivamente compensatoria, mediante la cual sólo puede

reclamarse el monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder correlativamente con el aminoramiento que padeció el demandante.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN

19. Estando dentro del término legal, la parte demandante inconforme con la decisión de primera instancia interpuso recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:
 - Considera que el Juzgado de instancia se equivoca al establecer que en razón al régimen contractual privado de la entidad demandada no le aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado sino la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los criterios allí expuestos.
20. Indica que, si bien es cierto que el régimen contractual de dichas entidades obedece a las normas de Derecho privado, también lo es que los contratos que suscriban tienen la categoría de contratos estatales y por tanto deben atender a las disposiciones de orden legal y reglamentario atendiendo los principios de la función administrativa.
21. Considera que la Sentencia de unificación con radicado número 73001-2331-000-2000-03075-01(24897) se aplica cuando se está ante un contrato estatal y ante la existencia de un enriquecimiento sin justa causa. Por lo que considera que el caso debe ser estudiado y analizado bajo las reglas determinadas en dicha Sentencia.
 - Señala que el Juzgado de instancia desconoció hechos probados al interior del proceso relacionados con la falsedad de la firma del representante legal de la empresa demandante por parte de la Empresa Social del Estado, lo que considera impidió una acción contractual.
22. Indica que en el expediente se encuentra probado que de manera irregular y falsa la Empresa Social del Estado ha pretendido a través de documentos públicos justificar pagos que nunca fueron realizados a su real beneficiario o destinatario, configurándose de esta manera un enriquecimiento sin

causa para el Hospital Andrés Girardot de Güicán y un menoscabo correlativo del patrimonio de la Fundación Social del Tolima, pues se entregaron la totalidad de los suministros y estos no fueron pagados.

23. Agrega que conforme a la Sentencia con radicado 73001233100020080007601 (41233), en este caso se cumplen los supuestos para que se acceda a las pretensiones de la demanda, pues no existió contrato estatal, ya que el demandante tenía la convicción de que los documentos suscritos por este en calidad de representante legal de la FUNDACION SOCIAL DEL TOLIMA (FUNSOTOL), fueron finalmente los documentos a los que se le dieron los tramites de legalización y perfeccionamiento de las ordenes o contratos de suministro. Sin embargo, tal como fue probado y reconocido en este medio de control, los documentos contractuales son falsos, pues la firma que aparece allí impuesta no es la firma de mi poderdante. De manera que, en virtud de la supremacía o la autoridad de la gerencia, en el proceso de requerimiento de los servicios, así como la convicción de que los contratos y órdenes existían con la firma de mi poderdante, dieron origen a que se cumpliera con los suministros sin que realmente existieran los contratos. (sic)

24. Considera que se configuran los requisitos definidos en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues existía un vínculo contractual, sin embargo, dada la solemnidad de los contratos estatales, las ordenes de suministro que reposan en el archivo de la demandada, y que fueron entregadas en virtud de la respuesta otorgada a derecho de petición, corresponden a documentos alterados.

25. Agrega que "Los bienes y servicios suministrados fueron adquiridos dada la urgencia y necesidad de la ESE. Por otro lado, se configura el empobrecimiento correlativo, toda vez que la demandada ha tenido un enriquecimiento y consecuentemente mi poderdante una mengua patrimonial, tal como fue establecido en el fallo objeto de este recurso. Finalmente, el empobrecimiento sufrido por mi poderdante es injusto, habida cuenta de que no existe causa jurídica que justifique el empobrecimiento por el enriquecimiento de la E.S.E demandada" (sic)

- Respecto a la afirmación realizada por el Juzgado en cuanto a la existencia de otro medio de control para reparar el empobrecimiento, el recurrente

señala que en razón a la alteración del contenido de las ordenes de servicio no se puede hablar propiamente de la existencia de un contrato. Señala que no es procedente reclamar el incumplimiento cuando el contrato es falso, es alterado y contiene información irreal y falsa.

- Que el Juzgado viola el Derecho al acceso a la administración de justicia, pues desde el reparto de la demanda debió realizar análisis de competencia y al observar que era una Empresa Social del Estado debió dar aplicación a los postulados del artículo 168 del CPACA remitiendo el proceso al Juez competente.
- Finalmente indica que se aportaron los gastos y expensas en las que se incurrió con el peritaje que se les hizo a los documentos, para que sean tenidos en cuenta al momento de la decisión de fondo del recurso.

III. CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia:

26. Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2. Problema Jurídico:

27. En esta oportunidad la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, debiendo establecer si en el presente asunto se encuentra probado o no los requisitos necesarios para la configuración del alegado enriquecimiento sin causa.

28. Para resolver lo anterior, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i) Contratos estatales propiamente dichos y contratos especiales; ii) Elementos de perfeccionamiento en los Contratos Estatales propiamente dichos y en los contratos especiales; (iii) Régimen Contractual de las Empresas Sociales del Estado; (iv) Procedencia de la actio in rem verso por enriquecimiento sin causa,*
- v) análisis del caso concreto

3.3.- Marco normativo y jurisprudencial

3.3.1. Contratos estatales propiamente dichos y contratos especiales.

29. A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 el legislador optó por un criterio subjetivo y orgánico para efecto de determinar que el contrato estatal es aquel en que al menos uno de sus extremos es una Entidad pública o estatal.

30. No obstante, dicha clasificación estatal no determina el régimen legal que debe aplicarse, pues existen los contratos estatales propiamente dichos, es decir los sometidos a las reglas previstas en el Estatuto General de Contratación y los contratos estatales especiales, esto es aquellos celebrados por una entidad estatal bajo un régimen jurídico exceptuado del Estatuto de contratación.

31. Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia proferida el 20 de agosto de 1998³, precisó:

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

"1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 20 de 1998. Radicación No. 14202. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa.

"De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.

De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

2º Contratos estatales especiales"

3.3.2.- Elementos de perfeccionamiento en los Contratos Estatales propiamente dichos y de los contratos especiales.

32. A continuación, la Sala procede a exponer las formalidades o requisitos que las partes deben satisfacer en la celebración de los contratos estatales propiamente dichos y en los contratos especiales para lograr su perfeccionamiento:
33. En cuanto a los **Contratos estatales propiamente dichos**, se tiene que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece:

ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. *Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (...)*

34. Lo que implica que el contrato se perfecciona en el momento en que el acuerdo de voluntades respecto del objeto y contraprestación sea elevado a escrito. Por lo que el contrato al interior de este régimen contractual **solamente existe** cuando se cumple con dicho requisito de forma.
35. Sobre el particular el artículo 39 de la citada Ley establece tajantemente 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 del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.*

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales"

36. A su vez, la doctrina indica:

*"Debe entenderse, entonces, que si la Ley determina que el contrato estatal se perfecciona con el cumplimiento del documento escrito, además de la manifestación de los contratantes sobre el objeto y la contraprestación, **la forma misma del contrato estatal es escrita. Es decir, se trata de un contrato solemne, que no admite excepciones frente a acuerdos verbales o puramente consensuales**, y en caso de existir esas situaciones, su ámbito de estudio y plano de responsabilidad será el extracontractual de la Administración"*

37. Por su parte, en el régimen privado aplicable a los **contratos estatales especiales** la regla general es la consensualidad como elemento suficiente para dar surgimiento al contrato, prevaleciendo así la autonomía negocial sin la imposición de formas determinadas.

38. En cuanto a los requisitos de perfeccionamiento en uno u otro régimen, el Consejo de Estado precisó:

"(...)

a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es

un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos. (...)”

3.3.3.- Régimen Contractual de las Empresas Sociales del Estado.

39. Algunas Entidades del Estado en atención a sus necesidades y características particulares pueden utilizar normas de derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les de competitividad y agilidad para alcanzar sus fines⁴. Es decir, cuentan con un régimen contractual especial. Este es el caso de las Empresas sociales del Estado, a las que la Ley 100 de 1993 les atribuyó la prestación de servicios de salud y determinó que constituyen una categoría especial de Entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa sometidas al siguiente régimen jurídico contractual:

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

(...)

40. Esto quiere decir que aun cuando su naturaleza es pública, lo cierto es que no están sujetas a las disposiciones establecidas por el Legislador en el Estatuto de la Contratación, pues el citado numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, únicamente remitió a dicho Estatuto para efectos de aplicación de las cláusulas exorbitantes.
41. A su vez, téngase en cuenta que en virtud de los extremos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal deben aplicar los principios de la función

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456) Actor: MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

administrativa y de la gestión fiscal, así como también se encuentra sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos para la contratación estatal:

ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, **los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.***

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual.

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido.

42. Ahora bien, téngase en cuenta que con independencia de las normas sustanciales que gobiernen los contrato que celebran estas Entidades excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, es la jurisdicción contenciosoAdministrativa la competente para resolver los conflictos que se presenten en el marco de su actividad contractual.

43. En ese sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó:

“Para el recurrente, el hecho de que el contrato objeto de la controversia se rija por el derecho privado -por disposición del artículo 195.6 de la ley 100 de 1993-, conduce a que el juez competente para conocer del recurso de anulación sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Para la Sala, en cambio, compartiendo el criterio del Ministerio Público, la competencia radica en el Consejo de Estado. Esta discusión ya la ha resuelto la Sala en muchas ocasiones, la mayoría de ellas en tratándose de contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios, los cuales

también se rigen, como los de los Empresas Sociales del Estado, por el derecho privado. Por esta razón, en esta ocasión la Sala mantendrá esa tesis expuesta”⁵

44. Postura reiterada al interior del expediente número 37004 así:

“ (...) para al caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la Ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998. En estos términos, por el simple hecho de poseer esa naturaleza, su Juez tanto para los procesos ordinarios – salvo lo previsto en la Ley 1107 de 2006 – como para el recurso extraordinario del cual se conoce ahora, es el de la jurisdicción de contencioso administrativo”⁶

45. Sumado a lo anterior, el legislador del 2011 en la Ley 1437 zanjó cualquier discusión que pudiese existir al respecto estableciendo que:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*

3.3.4.- Procedencia de la *actio in rem verso* por enriquecimiento sin causa

46. Mediante Sentencia del Consejo de Estado proferida el día 19 de noviembre de 2012 al interior del proceso con radicado 73001-23-31-000-200003075-01(24897) la Sala Plena de la Sección tercera del Consejo de

⁵ Sentencia Consejo de Estado del 21 de marzo de 2007 al interior del proceso con radicado 32.841.

⁶ Sentencia Consejo de Estado del 18 de febrero de 2010 al interior del proceso con radicado 37.004

Estado unificó jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa y *actio de in rem verso*.

47. En dicha jurisprudencia se analizó un caso contra el Municipio de Melgar, es decir contra una Entidad Territorial sometida al rigor contractual del Estatuto General de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993.
48. Al interior de dicho contexto, la Sala precisó que por regla general la *actio in rem verso* por enriquecimiento sin causa no procede en eventos de ejecución de un trabajo o servicio sin contrato escrito:

"(...) por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia⁷ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831⁹ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o vigente" (negrilla fuera del texto)

49. Esto en razón a que en virtud de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes, puesto que su perfeccionamiento exige la elevación del acuerdo a escrito:

"No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios" (Negrilla fuera de texto). Y en virtud de esta exigencia, **"los destinatarios, es decir los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia"**. (Negrilla fuera de texto).

50. Como excepción a la anterior regla, la citada Sentencia de Unificación admite hipótesis en las que resulta procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno:

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

⁹ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

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

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
 - b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
 - c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*
51. El Consejo de Estado agregó que, en estos casos, en donde resulta admisible la *actio de in rem verso* (Entidad pública en virtud de su supremacía constriñó o impuso la ejecución de suministro de bienes en su beneficio por fuera del marco de un contrato estatal; urgencias para adquirir suministros para evitar una amenaza o lesión irreversible; omisión de declaración de urgencia manifiesta y solicita el suministro sin contrato escrito alguno), la acción de reparación directa es pertinente para alegar la pretensión de enriquecimiento sin causa:

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia

de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

*(...) la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece **sin una causa que lo justifique.***

4. CASO EN CONCRETO

52. El apoderado de la parte Demandante expone en el recurso de apelación estar en desacuerdo con la postura del Juzgado de instancia relacionada con que al tratarse de una Empresa Social del Estado sometida al régimen privado no le es aplicable la jurisprudencia del Consejo de Estado y que la Sentencia de Unificación ampara únicamente relaciones contractuales regidas por la Ley 80 de 1993. Considera que si bien es cierto el régimen contractual de dichas entidades lo es el del derecho privado, lo cierto es que tiene categoría de ser contratos estatales y por tanto deben atender los principios de la Función Administrativa acogidos en la Ley 80 de 1993.
53. Por lo anterior, el recurrente solicita que el análisis del caso se realice a la luz de la Sentencia de Unificación proferida al interior del radicado 73001-2331-000-2000-03075-01(24897) pues considera que tiene aplicación cuando se está frente a un Contrato estatal.
54. Respecto de este punto, la Sala considera que le asiste razón al recurrente pues las reglas establecidas en la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado al interior del radicado interno número 24897, a pesar de haberse proferido en el marco de un proceso cuya entidad demandada lo es un Municipio sometido al rigor contractual del Estatuto General de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993, pueden ser aplicables en los casos en que intervenga una Empresa Social del Estado.
55. Por lo anterior, procede la Sala a determinar si los supuestos fácticos probados al interior del expediente encajan en las siguientes hipótesis en las que resulta procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato, esto de conformidad con los extremos de la reiteradamente citada

sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado al interior del expediente interno número 24897:

- a. Que de manera exclusiva la entidad pública sin la culpa del particular afectado, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium hubiera constreñido o impuesto al particular la ejecución de la prestación del servicio;
- b. Que se trate de servicio urgente y necesario para evitar la lesión inminente e irreversible de un bien jurídico vinculado a la salud, la vida o integridad personal
- c. Que debiéndose declarar la urgencia manifiesta por parte de la administración, se omitió tal declaratoria y se solicitó por parte de la administración la prestación del servicio.

56. En caso de configurarse alguna de las citadas hipótesis, la Sala deberá revocar la decisión de primera instancia y proceder a determinar el valor del enriquecimiento. Siendo así procede la Sala a resolver los siguientes interrogantes relacionados con las dos causales respecto de las cuales eventualmente podrían encajar los supuesto fácticos del caso:

a. ¿Existió constreñimiento por parte de la Empresa Social del Estado Hospital Andrés Girardot de Güicán- Boyacá a la Fundación Social del Tolima -FINSOTOL- para que le suministrara diferentes bienes y servicios?

57. La primera excepción establecida por el Consejo de Estado determina la posibilidad de reconocer el dinero equivalente al enriquecimiento que percibe una parte y al empobrecimiento que sufre otra cuando: *“de manera exclusiva la entidad pública sin la culpa del particular afectado, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium hubiera **constreñido o impuesto** al particular la ejecución de la prestación del servicio”*.

58. Según el Consejo de Estado, se entiende como constreñimiento de la autoridad cuando:

*"La Sala ha declarado que se presenta un enriquecimiento sin causa en razón a un constreñimiento de la autoridad en asuntos en los que, por ejemplo, **se advirtió al demandante que en caso de negarse sería sometido a una investigación penal; o cuando un contratista del servicio de seguridad fue presionado, bajo la amenaza de que no podía abandonar su actividad, ya que con ello afectaría la asegurabilidad de los bienes que estaban cubiertos con las pólizas de las compañías de seguros; o cuando la Cámara de Representantes, "en virtud de su supremacía, de su autoridad y de su imperium" le impuso al particular, la ejecución de servicios de fotocopiado, permitiéndole además desarrollar su actividad en las instalaciones de la Institución. Además, la Sala exige que el particular haya actuado sin culpa, para que se configure al enriquecimiento sin causa bajo el primer supuesto. Esto supone una actuación efectiva y decisiva del funcionario competente, dirigida a ordenar, pedir, solicitar o constreñir al particular. Para ello, no basta con acreditar que existió una orden verbal del funcionario competente, ya que ésta carece del rigor propio del ejercicio del imperio de la administración pública".***

59. En el presente caso, no se encuentra acreditado el que la Empresa Social del Estado demandada haya ejercido algún tipo de fuerza o poder que obligara al demandante al suministro de bienes y servicios en su favor. A su vez, de los argumentos expuestos en la demanda, en la impugnación, y de las pruebas practicadas al interior del proceso no se advierte la presencia de órdenes que conllevaran indefectiblemente a la Empresa demandante a cumplir con lo requerido.
60. No existe argumento alguno respecto de una eventual anulación de voluntad e imposición de comportamiento, contrario sensu, de lo probado al interior del proceso se concluye la existencia de un acuerdo de voluntades e incluso la existencia de una presunta actuación irregular por parte de las directivas de la Empresa Demandada, que debe estar siendo objeto de investigación por parte de las autoridades competentes en virtud de la acertada compulsión de copias que realizó el Juzgado de Instancia. No obstante, dichas irregularidades no implican la existencia de límite alguno a la libre determinación de la empresa demandante, para que de manera autónoma y libre decidiera suministrar o no bienes y servicios a la Empresa Social Demandada.
61. Por lo anterior, la Sala advierte que no se configuró el requisito del constreñimiento que da lugar a que en ejercicio de la *actio in rem verso*

se considere el enriquecimiento sin justa causa y, por contera, se disponga su correctivo.

b. ¿El suministro de bienes y servicios se realizó ante la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud?

62. Otro de los casos excepcionales en donde resulta procedente la *actio in rem verso* es:

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

63. Dicho precepto es categórico en exigir para su configuración, que el servicio prestado se encuentre dirigido a "evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud" y que la urgencia y necesidad estén plenamente acreditadas.
64. Verificadas las facturas que obran en el expediente se advierte la existencia de suministro de diferentes bienes. Unos de ellos relacionados directamente con la prestación del servicio de salud como por ejemplo: suministro de medicamentos, de material quirúrgico, artículos de fisioterapia, elementos de odontología; y otros bienes que si bien son útiles para la materialización del objeto social de la Empresa Social del Estado, lo cierto es que no están plenamente relacionados con la prestación del servicio de salud, como por ejemplo: la compra de computadores portátiles, artículos de aseo, de papelería, bolsas plásticas.

65. En cuanto al suministro de aquellos bienes relacionados directamente con la prestación del servicio de salud, si bien se encontró acreditado por el Juzgado de instancia su efectivo suministro a la Empresa demandada, la Sala advierte que no obra prueba alguna al interior del expediente en donde se acredite que el suministro de esos bienes se hizo para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la Salud de determinado afiliado. Al contrario, se trata de bienes cuya adquisición es necesaria permanentemente para la prestación del servicio, por lo que la Entidad y el contratista no estaban en imposibilidad de suscribir el respectivo contrato.
66. En la demanda y en el recurso de apelación solamente se señala por parte del interesado que: *"los bienes y servicios suministrados fueron adquiridos dada la urgencia y necesidad de la ESE"*. No obstante, se omitió relacionar de manera expresa y probar las circunstancias de necesidad y urgencia que supuestamente justificaron el suministro de cada uno de los bienes relacionados con la prestación del servicio de salud que le fueron suministrados a la Empresa Social del Estado demandada.
67. Por lo anterior, esta Corporación confirmará la Sentencia recurrida, porque no se encuentra acreditado dentro del expediente la materialización de alguno de los supuestos que determinan la procedencia de la actio in rem verso establecidos por el Consejo de Estado en la citada Sentencia de Unificación, pues no se acreditó el constreñimiento, ni el que la prestación de servicio de salud hubiera obedecido a una imposibilidad o urgencia que pusiera en riesgo el derecho a la vida y salud de algún paciente.

3.5. De las costas

68. La Sala no condenará en costas a las partes recurrentes por cuanto no se advierte carencia de sustento jurídico que, conforme al inciso segundo del artículo 188 del CPACA, daría lugar a imponer condena en costas.

IV. DECISION

69. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por las razones previamente expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

(Firmado electrónicamente)

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

(Firmado electrónicamente en Samai)

LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO

(Firmado electrónicamente en Samai)

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: FUNDACION SOCIAL DEL TOLIMA
DEMANDADO: ESE HOSPITAL ANDRES GIRARDOT DE GUICAN
RADICADO: 15238333300320190005002