**ACCIÓN DE TUTELA – Actio in rem verso – Bienes o servicios – No contratados – Procedencia reconocimiento**

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, (…) en sentencia del 19 de agosto de 2012, aclaró que por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, 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 esta figura requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa, como sería el caso en que se celebre un contrato estatal sin las solemnidades necesarias para su perfeccionamiento. Sin embargo, la Sala admitió que existen algunas hipótesis en las que resultaría procedente la actio in rem verso sin que medie contrato alguno pero advirtió que estas son de carácter excepcional y por consiguiente su interpretación y aplicación debe ser restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general donde la aplicación de dicha figura es improcedente. (…) las autoridades judiciales concluyeron que de las pruebas allegadas al expediente, no se podía determinar, con certeza, que el actor hubiera sido sometido por la entidad pública para el suministro e instalación de los equipos de audio y video, puesto que para que se configurara la primera de las excepciones referidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe probarse que la autoridad, constriñó o impuso al particular la prestación de dichos bienes y servicios y que esto se produjo sin la participación y sin la culpa del particular, circunstancias que no se encontraron acreditadas en el caso en estudio.

**ACCIÓN DE TUTELA – Providencia judicial – Procedencia – Nulidad procesal**

Bajo los parámetros indicados por la parte demandante en la acción de tutela, la Sala no evidencia una violación a los derechos fundamentales alegados por considerar que los supuestos fácticos expuestos por el actor exigían la aplicación de otras decisiones da la Sección Tercera del Consejo de Estado y no la determinada por la Sala Plena. Es del caso recordar que la acción de tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, no está instituida para reabrir el debate del proceso ordinario, por lo que no puede ser ejercida como una tercera instancia para que se revise la interpretación o la valoración probatoria, competencias propias del juez natural. Bajo esta misma línea argumentativa, la Sala considera que la Sección Cuarta del Consejo de Estado estudió la valoración probatoria planteada en la acción de reparación directa con radicación 190013333003201200199, cuando el demandante no cumplió con la carga argumentativa de identificar qué elementos de prueba no fueron valorados, no probó que estos hayan sido aportados en forma legal y oportunamente, ni señaló las razones por las cuales eran relevantes para la decisión, circunstancias que impiden al juez de tutela estudiar el presunto defecto, por lo que el análisis realizado excede las competencias del juez de tutela. Todo lo expuesto, lleva consigo necesariamente a revocar la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 7 de abril de 2016 y en su lugar, negar el amparo de los derechos alegados por el actor. (…) La Sala advierte que el magistrado ponente de la decisión enjuiciada proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado en el trámite de primera instancia, toda vez que en la sentencia del 7 de abril de 2016 se manifestó que pese a que había sido notificado no intervino, cuando la verdad es que el tribunal presentó escrito para rendir el informe solicitado oportunamente… Sobre el particular, la Sala considera que no hay lugar a declarar la nulidad solicitada toda vez que la posible vulneración del derecho de defensa y debido proceso quedó subsanada en el trámite de esta instancia, dentro del cual se tuvieron en cuenta los argumentos del tribunal y precisamente con base en ellos se revocó la sentencia de primera instancia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., junio dos (2) de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03014-01(AC)**

**Actor: JORGE ANDRES ANAYA FLOREZ**

**Demandado: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE POPAYAN Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el magistrado ponente de la decisión enjuiciada del Tribunal Administrativo del Cauca, en contra del fallo del 7 de abril de 2016, proferido por Consejo de Estado, Sección Cuarta, que decidió:

*“****1. AMPÁRANSE*** *los derechos fundamentales del señor JORGE ANDRÉS ANAYA FLÓREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***2.*** *Como consecuencia de lo expuesto, se amparan los derechos fundamentales del accionante, en el sentido de ordenar al Tribunal que dentro del término de treinta días (30), contados desde la notificación de esta providencia, profiera una nueva providencia en la que analice la procedencia de las pretensiones de la demanda en los precisos términos señalados en esta providencia.*

*(…)”*

**I. ANTECEDENTES**

**1. La petición de amparo**

El señor Jorge Andrés Anaya Florez, mediante apoderada judicial, interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo de Cauca con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al *salario mínimo, debido proceso, acceso a la administración de justicia y primacía del derecho sustancial[[1]](#footnote-1)*, vulnerados con la expedición de las sentencias del 24 de marzo y 24 de julio, ambas de 2015, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demanda a través del medio de control de reparación directa interpuesta por este contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*.*

En consecuencia, solicitó que se ordene dejar sin efecto las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cauca y del Juzgado Tercero Administrativo de Popayán y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

**2. Hechos**

Señaló que el señor Anaya Flórez realizó el suministro e instalación de unos equipos de audio y video para la sala de planeamiento del comando de la Brigada 29 del Ejército Nacional en la ciudad de Popayán, por solicitud previa del jefe de estado mayor de la institución, por un valor de $3.500.000.

Adujo que el 8 de agosto de 2010 la entidad contratante recibió a satisfacción los elementos y su instalación, se realizó un abonó por valor de $1.500.000 y las partes acordaron que el saldo pendiente se pagaría el 23 de agosto de 2010, pero dicho excedente no fue cancelado en su oportunidad.

Manifestó que contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Brigada 29 con sede en la ciudad de Popayán, se interpuso una demanda de acción de reparación directa, la cual fue conocida en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, autoridad judicial que mediante sentencia del 24 de marzo de 2015 negó las pretensiones de la demanda porque la teoría del enriquecimiento sin justa causa no se aplicaba al caso en estudio, ya que no estaba enmarcado en los casos excepcionales que ha establecido el Consejo de Estado.

Mencionó que de las pruebas obrantes en el proceso, el juez de primera instancia concluyó que si bien el señor Anaya Flórez suministró unos equipos y realizó unas obras en las instalaciones de la Brigada 29 del Ejército Nacional, no se acreditó la circunstancia excepcional que justificara que dicho servicio se hubiera prestado por un acuerdo verbal.

Anotó que contra la decisión del Juzgado Tercero Administrativo de Popayán el actor interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto el 24 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca, decisión en la cual se confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que el caso en estudio no se enmarcó dentro de alguna de las causales para la procedencia de la *actio in rem verso.*

**3. Fundamento de la petición**

Advirtió que las sentencias proferidas el 24 de marzo y el 24 de julio de 2015 incurrieron en un defecto procedimental por un exceso de ritual manifiesto, sin tener en cuenta la situación real, toda vez que desconoce que en el caso en estudio se encontró debidamente probado que se suministraron al Ejército Nacional unos bienes y servicios que no fueron cancelados en su integridad, lo que permitió a la administración enriquecerse sin justa causa, circunstancia que vulneró sus derechos fundamentales por motivos formales, sin tener en cuenta el derecho sustancial.

Sostuvo que las providencias enjuiciadas incurrieron en un defecto fáctico, por cuanto los operadores judiciales, en contra de las pruebas aportadas al proceso, decidieron separarse por completo de la realidad procesal y concluyeron el asunto puesto en su conocimiento de manera arbitraria.

Manifestó que el señor Anaya Flórez prestó los bienes y servicios alegados con constreñimiento, con aprovechamiento de la autoridad, porque se le explicó que el suministro e instalación de los equipos se requería con urgencia, toda vez que estaba de por medio la seguridad del Ejército Nacional, demostraron la configuración de las causales para declarar el enriquecimiento sin justa causa, por lo que la administración debe pagar el servicio prestado.

**4.** **Trámite de la solicitud de amparo**

A través de auto de 9 de noviembre de 2015[[2]](#footnote-2), la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de acción de tutela y ordenó notificar el inicio de la actuación al demandante, al Juez Tercero Administrativo de Popayán y a los magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca, y como terceros interesados, a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a la Brigada 29 y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**5. Argumentos de Defensa**

**5.1 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

El jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad rindió el correspondiente informe mediante el cual manifestó que los hechos y las pretensiones de la demanda no tienen relación alguna con las competencias y funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por lo que solicitó su desvinculación.

**5.2. Juzgado Tercero Administrativo de Popayán, Tribunal Administrativo del Cauca, Ejército Nacional, Brigada 29**

Pese a que fueron debidamente notificados[[3]](#footnote-3), las entidades no se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

**6. Sentencia de primera instancia**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia del 7 de abril de 2016 amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó al Tribunal Administrativo del Cauca que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de dicha decisión, se profiera una nueva sentencia donde se analice la procedencia de las pretensiones de la demanda, con base en las directrices de la sentencia.

Como fundamento de dicha decisión, expresó, en resumen lo siguiente:

Explicó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la *actio in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de servicios que se hayan ejecutado a favor de la administración sin contrato alguno, porque ello elude el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne y debe celebrarse por escrito.

Manifestó que dicha regla jurisprudencial admite excepciones en algunos casos, entre otros, cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso que la entidad pública constriñó al particular el suministro del servicio, cuando existe urgencia y necesidad de prestar el mismo para evitar una amenaza o lesión al derecho de la salud y en los casos en que debía declararse una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la prestación correspondiente.

Precisó que la tesis adoptada por las autoridades demandadas fue en extremo rígida, al considerar que es a la entidad pública y no al contratista a quien le corresponde velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, ya que el particular tiene asignada la obligación genérica de respetar las normas y principios de carácter imperativo, pero no recae en él la labor de garante de la legalidad del contrato, pues esta es una función propia de la administración, posición que ha sido adoptada por el Consejo de Estado en pronunciamientos posteriores.

Afirmó que de la lectura de la sentencia de unificación del Consejo de Estado[[4]](#footnote-4), se desprenden tres casos, que no son taxativos, pues la misma providencia concluye que pueden existir otras.

Sostuvo que en el caso en estudio el juez de lo contencioso administrativo debió analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer si aquel merece efectivamente el reconocimiento de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento contractual.

Revisó las pruebas allegadas al expediente y advirtió que el señor Jorge Andrés Anaya Flórez prestó un servicio de suministro e instalación de equipos de audio y video para la adecuación de la sala de planeamiento comando de la brigada 29 del batallón José Hilario López de la ciudad de Popayán, cuya ejecución no obedeció a la mera liberalidad del hoy demandante, que la parte demandada en el proceso ordinario incurrió en una conducta impositiva, en virtud de su autoridad.

Con base en dicho análisis, concluyó que en el caso en estudio sí se presentaron los supuestos de hecho para que se configurara una de las causales de excepción para la aplicación de la *actio in rem verso*, puesto que está acreditado en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública la que en virtud de su supremacía impuso al particular el suministro de servicios, por fuera del marco del contrato estatal.

Bajo esa misma línea argumentativa, decidió que las providencias enjuiciadas incurrieron en un defecto fáctico por indebida valoración de los medios aportados, que daban cuenta de la prestación del servicio y de la conducta omisiva del Ejército Nacional, por lo que era necesario resarcir los perjuicios causados al señor Anaya Flórez.

Precisó que en el caso en estudio no se presentó un defecto procedimental, por cuanto las providencias proferidas por las autoridades demandadas no incumplieron los procedimientos sobre los que recae el análisis de dicho defecto.

**6.1. Salvamento de voto**

La sentencia adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado no fue unánime, pues el Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas se apartó de la decisión mayoritaria por cuanto consideró que la situación del señor Anaya Flórez no se encuadra en los casos excepcionales planteados por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación para la procedencia de la *actio in rem verso*, por las siguientes razones:

a. La sentencia de unificación de la Sección Tercera en la que se fundamenta la decisión mayoritaria señala que por regla general la *actio in rem verso* no puede ser invocada para reclamar el pago de las obras, entrega de bienes o servicio ejecutados sin la previa celebración del contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que esta requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa, como por ejemplo, omitir que los contratos estatales son solemnes. Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones las cuales son de interpretación y aplicación restrictiva.

b. Por lo tanto, la regla general es la improcedencia de la *actio in rem verso* para reclamar el pago de labores ejecutadas sin que medie un contrato estatal celebrado con las solemnidades propias del mismo. Eso encontró sustento en que, en virtud de la buena fe objetiva, los particulares deben actuar conforme al ordenamiento jurídico, lo que implica que solo debe prestar servicios a favor del Estado, previa celebración por escrito del negocio jurídico. En esta medida, la referida acción de enriquecimiento sin justa causa solo resulta procedente bajo excepcionales condiciones, una de estas referida a la acreditación fehaciente que la entidad constriñó al particular o le impuso la ejecución de labores sin que mediara la formalidad del escrito.

c. A su juicio, el hecho de que miembros del Ejército Nacional hayan solicitado al demandante la ejecución de determinada labor, no implica por sí solo que haya existido un constreñimiento o intimidación que viciara el consentimiento. Es decir, el hecho de que quienes le pidieron efectuar los trabajos hayan sido miembros de la fuerza pública, no demuestra, de manera alguna, que el actor se encontrare amenazado, intimidado o compelido a realizar esas labores. La única prueba que sobre el supuesto constreñimiento encuentra la Sala es el testimonio que indicó que un militar había solicitado la realización diligente de las adecuaciones por parte del demandante, situación que, en verdad, no representa el ejercicio del poder de autoridad del Estado.

d. Por el contrario, en aplicación al principio de buena fe objetiva, que obliga a los particulares en relación con el carácter solmene de los contratos estatales, el demandante debía, pues materialmente se encontraba en la posibilidad de hacerlo, abstenerse de ejecutar labores para la entidad pública sin que mediara contrato escrito. Un razonamiento contrario llevaría consigo que se privilegie el interés particular sobre el interés general, que se relaciona con el deber de proteger los recursos públicos.

**7. La Impugnación**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el magistrado ponente de la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca la impugnó con base en los siguientes argumentos:

Interpuso una nulidad contra la decisión del 7 de abril de 2016 por cuanto en ella se afirmó que el Tribunal Administrativo del Cauca no intervino en el trámite de la acción de tutela, a pesar de haber sido notificado de su existencia, pero el tribunal representado en esta acción por el magistrado ponente de la decisión enjuiciada intervino en forma oportuna, para lo cual allegó la intervención y la constancia de su envío vía fax.

Manifestó que lo anterior es causal de nulidad de la acción de tutela porque vulneró el derecho al debido proceso y de defensa previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que se desconocieron los argumentos esgrimidos en contra de la posición del actor.

Sostuvo que el fallo de tutela impugnado se basó en que la *actio in rem verso* procede en casos excepcionales, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales de la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sin embargo, agregó que dicha acción procede en otros casos, con base en providencias posteriores de la misma Corporación, las cuales fueron proferidas por las Subsecciones B y C y no por la Sala Plena de la sección.

Afirmó que la *actio in rem verso* debe probarse el constreñimiento de la entidad sobre el particular, por lo que no es suficiente que la administración sugiera, invite, provoque o, en general, conduzca a la erogación, porque desconoce precisamente la posición de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Manifestó que no es de recibo concluir que sobre los contratistas del Estado no recae una obligación de garante de la legalidad del contrato, como se hizo en el fallo impugnado.

Advirtió que el juez de tutela no puede valorar, en la forma en que la Sección Cuarta lo hizo, los elementos de prueba del proceso ordinario, ya que esa labor es propia del juez natural.

Además, concluyó que de la valoración del acervo probatorio en la acción de reparación directa no se demuestra la procedencia de la *actio in rem verso* porque no está probado el constreñimiento de la entidad sobre el particular, lo que es trastocado en el fallo impugnado, ya que no se tiene certeza del constreñimiento de la entidad, por lo que se coloca énfasis en la actitud del contratista, lo que corrobora que la acción de enriquecimiento sin justa causa no es procedente en ese caso, porque estaría presente la culpa del contratista para causar la erogación.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia por la Sección Cuarta de esta Corporación de conformidad con de conformidad con los artículos 32 del decreto 2591 de 1991 y 2 del acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

**2. Problema jurídico**

Corresponde en este caso determinar si, de conformidad con los argumentos planteados en el escrito de impugnación, hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual amparó los derechos invocados por la parte actora.

Para el efecto habrá de determinarse si las providencias enjuiciadas proferidas por el Juzgado Tercero Administrativo de Popayán y por el Tribunal Administrativo del Cauca incurrieron en los defectos procedimental y fáctico alegados por el señor Anaya Flórez o si por el contrario, la interpretación de la Sección Cuarta no está acorde con las decisiones que sobre la aplicación de la *actio in rem verso* ha acogido la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación y excede sus facultades, tal y como lo argumentó la parte impugnante.

**3. Caso concreto**

Con la presente solicitud de amparo la parte actora solicita que se dejen sin efectos las providencias del 24 de marzo y 24 de julio, ambas de 2015, proferidas en primera y en segunda instancia por el Juzgado Administrativo de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, al considerar que la acción de enriquecimiento sin justa causa no es aplicable para el caso en estudio pues no cumple con los requisitos para que proceda en casos excepcionales, los cuales fueron fijados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Dicha posición, a juicio del demandante, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y *al salario mínimo*, porque incurrieron en defectos procedimental por exceso de ritual manifiesto y fáctico, porque en el caso en estudio se acreditó que la administración incitó o provocó que el señor Anaya Flórez suministrara e instalara unos equipos de audio y video en la brigada 29, por una situación de urgencia, configurándose una de las excepciones para la aplicación de la *actio in rem verso* para obtener el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal.

En la sentencia de primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado accedió al amparo de los derechos constitucionales al considerar que si bien el caso en estudio no se circunscribe expresamente en las causales excepcionales demarcadas por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en otros pronunciamientos se ha considerado que la obligación de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico es de la entidad pública y no del particular, ya que el contratista no es garante de la legalidad del contrato, labor propia de la administración.

Además de lo anterior, consideró que la sentencia incurrió en defecto fáctico porque, después de realizar un análisis de las pruebas allegadas al expediente, concluyó que el señor Anaya Flórez no actuó con mera liberalidad cuando suministró e instaló los equipos de audio y video pues la realización de dicha labor fue solicitada por la administración, quien ejerció una conducta impositiva en virtud de su autoridad y supremacía, al imponer al particular la realización del trabajo con prescindencia de un contrato estatal, por lo cual debió asumir la obligación de cancelar el valor correspondiente para evitar un enriquecimiento sin justa causa.

El magistrado ponente de la providencia del 24 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, impugnó la decisión adoptada por la Sección Cuarta de esta Corporación, escrito en el que manifestó que la posición adoptada por el juez de tutela es contraria a las directrices establecidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y que cuando se realizó la valoración de las pruebas excedió sus competencias como juez de tutela, pues esa era una labor propia del juez del proceso ordinario.

Para resolver la impugnación presentada por el Tribunal Administrativo del Cauca, la Sala tendrá en cuenta:

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 2012**[[5]](#footnote-5)**, aclaró que por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, 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 esta figura requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa, como sería el caso en que se celebre un contrato estatal sin las solemnidades necesarias para su perfeccionamiento.

Sin embargo, la Sala admitió que existen algunas hipótesis en las que resultaría procedente la *actio in rem verso* sin que medie contrato alguno pero advirtió que estas son de carácter excepcional y por consiguiente su interpretación y aplicación debe ser restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general donde la aplicación de dicha figura es improcedente.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio in rem verso* a juicio de la Sala Plena, serían:

*“(…)*

*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 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.*

*(…)”* (Negrillas fuera de texto).

Tanto el Juzgado Tercero Administrativo de Popayán como el Tribunal Administrativo del Cauca aplicaron las directrices establecidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En dichos pronunciamientos las autoridades judiciales concluyeron que de las pruebas allegadas al expediente, no se podía determinar, con certeza, que el señor Anaya Flórez hubiera sido sometido por la entidad pública para el suministro e instalación de los equipos de audio y video, puesto que para que se configurara la primera de las excepciones referidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe probarse que la autoridad, constriñó o impuso al particular la prestación de dichos bienes y servicios y que esto se produjo sin la participación y sin la culpa del particular, circunstancias que no se encontraron acreditadas en el caso en estudio.

Frente a dicha posición el actor de tutela sostiene que en otros pronunciamientos del Consejo de Estado se ha manifestado que cuando la administración sugiere, invita o provoca la erogación del contratista a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios recibidos, y que con su participación se ejecutaron, posición que busca conducir la teoría del enriquecimiento sin justa causa a un punto medio, que haga responsable solo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado, siempre y cuando no exista liberalidad, engaño o dolo del particular.

Esta tesis es acogida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado como juez de tutela en la sentencia del 7 de abril de 2016, pero el magistrado ponente de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, al impugnar dicha decisión, adujo que esa postura no es la acogida por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Para la Sala, en el caso en estudio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado realizó un estudio de instancia y aplicó una sentencia que si bien está avalada por algunas Subsecciones de la Sección Tercera no implica que la decisión adoptada por las autoridades judiciales hoy demandadas haya violado los derechos fundamentales del actor.

Las decisiones adoptadas por los jueces deben estar amparadas en la autonomía e independencia y en el caso en estudio, la aplicación de las directrices determinadas por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación es válida en virtud de estos principios de la actividad judicial.

En consecuencia, bajo los parámetros indicados por la parte demandante en la acción de tutela, la Sala no evidencia una violación a los derechos fundamentales alegados por considerar que los supuestos fácticos expuestos por el señor Anaya Flórez exigían la aplicación de otras decisiones da la Sección Tercera del Consejo de Estado y no la determinada por la Sala Plena.

Es del caso recordar que la acción de tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, no está instituida para reabrir el debate del proceso ordinario, por lo que no puede ser ejercida como una *“tercera instancia”* para que se revise la interpretación o la valoración probatoria, competencias propias del juez natural.

Bajo esta misma línea argumentativa, la Sala considera que la Sección Cuarta del Consejo de Estado estudió la valoración probatoria planteada en la acción de reparación directa con radicación 190013333003201200199, cuando el demandante no cumplió con la carga argumentativa de identificar qué elementos de prueba no fueron valorados, no probó que estos hayan sido aportados en forma legal y oportunamente, ni señaló las razones por las cuales eran relevantes para la decisión, circunstancias que impiden al juez de tutela estudiar el presunto defecto, por lo que el análisis realizado excede las competencias del juez de tutela.

Todo lo expuesto, lleva consigo necesariamente a revocar la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 7 de abril de 2016 y en su lugar, negar el amparo de los derechos alegados por el señor Jorge Andrés Anaya Flórez.

Por último, la Sala advierte que el magistrado ponente de la decisión enjuiciada proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado en el trámite de primera instancia, toda vez que en la sentencia del 7 de abril de 2016 se manifestó que pese a que había sido notificado no intervino, cuando la verdad es que el tribunal presentó escrito para rendir el informe solicitado oportunamente.

En sustento de dicha afirmación aportó el escrito y la constancia de su envío vía fax, documentos visibles en los folios 107 a 109 del cuaderno principal.

Sobre el particular, la Sala considera que no hay lugar a declarar la nulidad solicitada toda vez que la posible vulneración del derecho de defensa y debido proceso quedó subsanada en el trámite de esta instancia, dentro del cual se tuvieron en cuenta los argumentos del tribunal y precisamente con base en ellos se revocó la sentencia de primera instancia.

En virtud de lo anterior la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Niégase la solicitud de nulidad elevada por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Revócasela sentencia del diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016) proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** En su lugar, niégase la solicitud de amparo elevada por el señor Jorge Andrés Anaya Flórez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Presidenta

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Consejera de Estado

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Consejero de Estado

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

Consejero de Estado

1. Folio 2 ibídem. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 38 ibíd. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 41 a 53 ib. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) [↑](#footnote-ref-4)
5. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897, Magistrado Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-5)