

## **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Contratos administrativos –Celebración – Requisitos**

El enriquecimiento sin causa «no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente». Bien sabido es que en materia contractual se aplica la ley vigente al momento de la celebración del contrato, en el caso concreto, el Decreto 222 de 1983. Conforme a lo dispuesto en dicho estatuto, el contrato de suministro reviste la forma de un contrato de naturaleza administrativa. Entre los requisitos que deben cumplirse en la celebración de los contratos administrativos pueden enumerarse los establecidos en el artículo 25 de esa codificación. Adicionalmente, el Decreto 222 de 1983 contempla la observancia de ciertas exigencias para la contratación estableciendo respecto de aquellos contratos que no exigieran ser formalizados por escrito –cual era el caso en el asunto sub examine–, que «el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se [haría] por resolución motivada». El artículo 81 prescribía que no por dejar de pactar cláusula de garantía el contratista se liberaba de constituirla. Establecía, también, que, en caso de que la exigencia se omitiera, la entidad respectiva daría «por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna».

## **CONTRATO DE SUMINISTRO – Principio de buena fe – Reiteración jurisprudencial**

Dado que la jurisprudencia unificada por esta Sala fue clara en destacar la necesidad de cumplir con las solemnidades y exigencias propias de la contratación administrativa y recordó que tales normas son de orden público y de imperativa observancia «inmodificables por el querer de sus destinatarios», en materia contencioso administrativa, no podrá alegarse enriquecimiento sin causa «cuando se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual». Alegar que existió buena fe subjetiva si lo que media es un incumplimiento de las exigencias establecidas por el orden jurídico –sostiene el precedente jurisprudencial–, significaría desconocer que la «la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva». Se sostiene en el precedente jurisprudencial que en materia de contratación administrativa opera la buena fe objetiva que la Sección apoya no solo en normatividad positiva sino en consideraciones axiológicas derivadas del propio ordenamiento constitucional relacionadas con la necesidad «de preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados».

### **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCION TERCERA**

### **SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01372-01(22740)**

**Actor: HERNANDO FERNANDEZ BORGE Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 31 de mayo de 2001 por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, con sede en Medellín, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda – fls. 418 a 441–.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Síntesis del caso**

Sostiene la parte demandante por intermedio de apoderado judicial –fls. 1 a 8, C-1°– que el señor HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO (q.e.p.d.) celebró a título de propietario de la DROGUERÍA LA MATUNA un contrato de suministro de medicamentos fechado 23 de julio de 1992, con el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR, consistente en que el contratista debía entregar a los usuarios del FONDO, previa presentación de las recetas médicas y de su documento de identidad, los medicamentos respectivos. Las cuentas por este concepto debían ser presentadas al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL. Manifiesta la parte actora que el señor FERNÁNDEZ OSORIO cumplió a cabalidad con lo concertado, pues presentó las cuentas de modo puntual y en la ocasión indicada, así como allegó las respectivas facturas cambiarias, con número y valor.

Agrega, que en tanto el señor FERNÁNDEZ OSORIO suministró cumplidamente los medicamentos a los afiliados al FONDO, la entidad demandada incumplió el contrato, hasta el punto de acumular una deuda por las suma de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$277'076.864.00). Resalta que el representante legal del FONDO –a la sazón el señor GUSTAVO ADOLFO MAYO DÍAZ– obró de manera negligente, pues además de no exigir la garantía o póliza de seguro, se abstuvo de efectuar la apreciación o disponibilidad presupuestal de las facturas cambiarias, en los rubros de 1995 con vencimientos desde septiembre de 1994 en adelante, motivo por el cual quedó sin respaldo legal la operación.

Expone cómo, en virtud de la prestación del servicio en el suministro de medicamentos y por cuenta del incumplimiento en el pago, el señor FERNÁNDEZ OSORIO se vio obligado a interponer una demanda ejecutiva, fallada desfavorablemente por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, porque no se conformó título el ejecutivo complejo requerido para adelantar una acción de tal naturaleza.

Posteriormente –añade–, el día 26 de febrero de 1996 se celebró Audiencia de Conciliación en la cual se estableció que la deuda exacta del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR –HOY EN LIQUIDACIÓN–, con los herederos de HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO – DROGUERÍA LA MATUNA ascendía a la suma de \$277'.076.864.00 según las facturas cambiarias que se acompañaron a la solicitud, lo que confirma aún más la deuda del FONDO con la parte demandante.

Pone de presente cómo el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar reconoce, en efecto, la existencia del contrato pero, de modo inexplicable, únicamente aprobó la conciliación por la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$43'064.289.00). Manifiesta que dicho acto fue ratificado por el gerente liquidador del FONDO, RAFAEL GÓMEZ DE LA ESPRIELLA en el que se acordó entregar esa suma a la parte actora, el día 30 de agosto de 1996.

Encuentra la parte demandante, en relación con lo anterior, que el liquidador GÓMEZ DE LA ESPRIELLA incurrió en comportamiento negligente, pues no se explica cómo, enterado de la existencia del contrato, ignoró que las facturas cambiarias sobrepasan los DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$277'000.000.00) y desconoció su obligación de subsanar las irregularidades detectadas en su calidad de Gerente liquidador del FONDO.

Indica, también, que la utilización del servicio de suministro de medicamentos por los afiliados al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR –hoy en liquidación– constituye hecho notorio y hace contundente el no pago de medicamentos lo que, a todas luces, se traduce en un enriquecimiento sin causa del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y en un empobrecimiento correlativo de la SUCESIÓN ILÍQUIDA DE HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO Y DROGUERÍA LA MATUNA.

Afirma, finalmente, que la conducta del señor FERNÁNDEZ OSORIO estuvo guiada por el principio de buena fe y buscó cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato. Asevera, por último, que la parte demandante ejerce la única acción que le permite reclamar la disminución del patrimonio que se ha operado en su contra.

## **2. La demanda**

El día 3 de septiembre de 1996, –por medio de apoderado–, la parte demandante, integrada por el señor Hernando Fernández Borge, quien obra en representación de la sucesión ilíquida de Hernando Fernández Osorio y Droguería La Matuna, solicita declarar administrativamente responsable por los perjuicios materiales causados a la SUCESIÓN ILÍQUIDA DEL CAUSANTE HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO (q.e.d.p.) por parte del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL– por haber incurrido en conducta negligente y omisiva que la enriquecieron sin justa causa, a costa de la parte demandante.

Para efecto de la reparación, impetra el pago de los perjuicios como sigue –fls. 1 a 8 C-1º–:

“(…)

*Tercera: Ordenar en consecuencia al Departamento de Bolívar FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN como reparación del daño ocasionado a restituir al actor o a quien lo represente legalmente, sus derechos, las sumas de dinero que generaron por ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, las cuales se estiman como mínimo en la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$233'212.575) más los perjuicios y gastos que se establezcan.*

*Cuarta: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A., tomando como base el índice de precios al consumidor desde la ocurrencia del hecho hasta que se dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.*

*Quinta: Que la entidad demandada [de] cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A”.*

### **3. Intervención pasiva**

EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN representado por el LIQUIDADOR se opone a las pretensiones de la demanda – fls. 333 a 342, C-1º–. Aduce que entre la DROGUERÍA LA MATUNA Y/O HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO y el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR se celebró un contrato administrativo de suministro de medicamentos. Niega que durante el lapso en el cual la DROGUERIA LA MATUNA suministró medicamentos al FONDO se hubieren presentado cuentas de cobro, acompañadas de los respectivos soportes y que tales cuentas hayan sido canceladas por este. Indica que en sus archivos existen cuentas de cobro que ascienden a la suma de \$212.501.379.00, que no han sido canceladas por las irregularidades presentadas en la entrega de los medicamentos, tal y como consta en el oficio fechado el 20 de febrero de 1995, suscrito por funcionarios de la División de Control Interno de la Gobernación de Bolívar y porque los documentos no acreditan la obligación clara, cierta y exigible para proceder a su reconocimiento y pago.

Añade el liquidador que, en su calidad, le correspondió asistir a la audiencia de conciliación convocada por la Procuraduría 21 Delegada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se acordó que la entidad pagaría la suma de \$43'084.289 correspondiente a las facturas reconocidas mediante resoluciones de la Gerencia del Fondo de Previsión Social de Bolívar, para la fecha en que se cumplió dicho suministro, conciliación que fue aprobada por el Tribunal de Bolívar en providencia fechada el día 26 de febrero de 1996.

Señala que las correspondientes facturas fueron canceladas a la parte demandante mediante comprobantes de egreso nos. 3784, 4046 y 4047 mas no indica cuándo. Pone de presente que, el 23 de julio de 1992, cuando se firmó el

contrato de suministro anexo a la demanda el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR era una Unidad Administrativa Especial dotada de autonomía administrativa y presupuesto propio, sin personería jurídica, como lo define el Decreto 913 de 1987 de la Gobernación de Bolívar, por lo cual, todos sus contratos requerían la autorización del Gobernador en su calidad de representante y ordenador del gasto. Formalidad que el anexo a la demanda no cumplió, pues aparece suscrito por el Director del Fondo.

Advierte, a continuación, que el Gerente Liquidador del FONDO carece de facultades para subsanar o corregir los errores o irregularidades en que incurrió el señor Fernández Osorio propietario de la Droguería la Matuna en la entrega de medicamentos a los usuarios del FONDO, en cuanto su deber se contrae a establecer que las drogas fueron autorizadas por los funcionarios correspondientes y entregadas a los beneficiarios y los precios corresponden a los acordados y, asimismo a incluir las obligaciones ciertas, líquidas y exigibles en la masa como ha sucedido con todas las cuentas de cobro presentadas a la entidad.

Admite que, en efecto, la DROGUERÍA LA MATUNA suministró medicamentos a los usuarios del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR e indica que en los archivos de la entidad se encuentran resoluciones, comprobantes de egresos y documentos que demuestran pagos realizados a la DROGUERÍA LA MATUNA por tal concepto. Señala que existen asimismo cuentas de cobro presentadas por el propietario de la DROGUERÍA y recibidas por el FONDO que no fueron reconocidas por el Director de la entidad, porque no cumplen las condiciones exigidas. Aduce que sobre estas cuentas la demanda procura una decisión judicial que comporte su reconocimiento sin considerar que el monto reclamado asciende a la suma de \$233.212.575.00, mientras las cuentas que se encuentran en el Fondo de Previsión Social de Bolívar suman \$212.501.379.00.

Enfatiza, por último, en que las actuaciones del FONDO respondieron al principio de buena fe y se opone a la afirmación de la parte demandante a cuyo tenor la entidad habría dejado de cancelar facturas o cuentas debidamente presentadas, pues la decisión se explica porque las dejadas de cancelar no responden las condiciones exigidas, en cuanto no fueron reconocidas y no cuentan con cartas de aceptación.

#### **4. Concepto del procurador judicial**

En escrito fechado el 20 de agosto de 1999 –fls. 363 a 365 C.2–, el Procurador Judicial Administrativo de Bolívar, luego de evocar los supuestos fácticos del asunto en cuestión y de considerar las pruebas allegadas al expediente, concluye que las pretensiones no pueden prosperar. Recuerda que fue precisamente la parte demandante quien solicitó que la Procuraduría *“abriera curso de conciliación prejudicial a fin de subsanar inconsistencias que se presentaban por el no pago de cuentas de cobro al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DEPARTAMENTO, por razón del suministro de medicinas a sus afiliados según contrato firmado entre las partes cuyo objeto era precisamente ese”*.

Destaca cómo, en desarrollo de tal diligencia, con presencia del representante legal del FONDO, las partes llegaron a un acuerdo parcial en relación con las pretensiones de la parte solicitante, consistente en el reconocimiento de la suma de \$43'064.289, oo, *“como obligación insoluta a cargo del Fondo de Previsión Social del departamento”*. Insistió en que, en la aludida audiencia en la que participó el representante legal del Fondo, en momento alguno se puso en tela de juicio la existencia del contrato, pues su defensa se concentró en *“la inconsistencia en las facturas de cobro y en las entregas de las drogas a los afiliados”*. Ahora bien, en lo atinente al contrato de suministro al que se refiere la demanda, el ministerio público sostuvo que los elementos allegados al plenario demuestran de manera inequívoca su existencia.

Reconoce, sin embargo, que el contrato, en efecto, no nació a la vida jurídica lo que a su juicio no constituye obstáculo para que *“naciera un negocio comercial, del cual se benefició el Fondo de previsión y esos beneficios debían pagarse a quien los suministraba, so pena de incurrir, en lo que con muy buen tino alegó el libelista, en un enriquecimiento sin justa causa por parte del ente público y un empobrecimiento del administrado”*.

A renglón seguido el Procurador enuncia, de manera breve, los elementos de la responsabilidad administrativa y de todo tipo de responsabilidad, de la cual emergen obligaciones indemnizatorias:

*“La existencia de una falla o falta en el servicio, elemento este que en el sub iudice se da plenamente, puesto que correspondía al Fondo de Previsión Social del departamento perfeccionar desde un principio el irregular negocio que se dio entre las partes y concretarlo a través de un contrato de suministro que reuniera todos los requisitos legales, entre los cuales destacamos la delimitación del objeto contractual, el valor del mismo, la forma de pago, el término de duración, que exigiera las pólizas de garantía etc., en todo lo cual falla el Ente público puesto que todo eso lo omitió. Además, falla en protuberantemente (sic) al no regularizar y controlar la forma de entregar las drogas a los afiliados al fondo por parte del accionante, todo lo cual posteriormente pretende alegarlos en su favor al contestar la demanda, lo cual es aberrante in extremo, puesto que se apoya en la propia negligencia para evadir obligaciones. // Esa falla o falta en el servicio debe generar un DAÑO, el cual en el sub exámine bien perfectamente delimitado (sic), inclusive la parte demandada alegó en su defensa una inconsistencia contable en la aspiración patrimonial de la demanda que es aclarada por auxiliares de la justicia, quienes en peritazgo emitido en el proceso cuantifican el monto de las obligaciones insolutas amén de sostener que las facturas y órdenes emanaban del ente demandado, de manera que el no pago de una obligación por espacio de más de 4 años constituye el daño a indemnizar. // El último de los elementos, lo constituye un nexo causal entre la falla o falta en el servicio y daño, el cual plenamente se encuentra estructurado, puesto que si la administración legaliza el contrato, si no falla en el envío de las órdenes médicas, si hubiese llevado una contabilidad y fiscalización ordenada de gastos y recursos, no se produce el daño, luego este es un producto que emana directamente de la falla del servicio”*.

## **II. Segunda instancia**

### **1. Sentencia impugnada**

Mediante sentencia emitida el 31 de mayo de 2001 –fls.418 a 44–, la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar con sede en Medellín resolvió negar las pretensiones de la demanda. Para el efecto realizó las consideraciones que se sintetizan a continuación.

- i. Las partes en el asunto bajo examen debían tener conocimiento de las normas que rigen los contratos estatales y ninguna de ellas actuó con la debida diligencia, en el sentido de impedir que una relación comercial como la presentada en el *sub lite* se desarrolle por varios años sin que mediara contrato.
- ii. Las violaciones al orden jurídico son evidentes y la intención de burlar las normas también lo es, en especial porque *“se observa cuando las partes acuerdan presentar facturas de cobro inferiores a una determinada cantidad. Igualmente señalan un tope máximo para el suministro mensual, pero al parecer no lo cumplen”*.
- iii. El supuesto contrato de suministro se extendió a lo largo de varios años. La entidad pagó todas las cuentas que fueron presentadas *“sin que en el proceso aparezca prueba fehaciente de ello. Al parecer la entidad nunca hizo una revisión a fondo de las cuentas presentadas para determinar si efectivamente la Droguería La Matuna estaba entregando las drogas a los verdaderamente afiliados y tal como se solicitaba en las fórmulas, y si realmente todos los documentos presentados para sustentar los cobros eran verídicos”*.
- iv. En el momento en el que la oficina de Control Interno de la entidad resolvió efectuar una auditoría a la documentación presentada por la DROGUERÍA para sustentar los cobros –restringiendo su examen únicamente a los afiliados pertenecientes a la Gobernación de Bolívar–, constató la existencia de múltiples inconsistencias. Lo anterior, explica el motivo por el cual la entidad demandada se negó a cancelar las cuentas presentadas hasta tanto se comprobara que se hallaban soportadas en documentación válida.
- v. Los resultados de las investigaciones no fueron allegados y el informe pericial en el que se analizaron los soportes de las cuentas de cobro no dio frutos ni aportó claridad sobre los hechos.
- vi. Teniendo en cuenta que no existe contrato, porque no se perfeccionó y dadas las irregularidades que se presentaron –alegadas en múltiples ocasiones por la parte demandada–, resulta indispensable que la parte actora pruebe en el proceso que, en efecto, entregó los medicamentos a los afiliados del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL y demuestre que la firma que aparece en las fórmulas médicas corresponde ciertamente a la de los usuarios del servicio y *“que respetó cabalmente el acuerdo que tenía con la entidad demandada”*.
- vii. Nada de lo anterior se aportó como prueba al expediente; pues en este se cuenta con un conjunto de *“facturas [elaboradas] por la misma parte interesada, apoyadas en unas recetas que tienen nombres y firmas de personas, de quienes no hay certeza sobre su autenticidad”*. Existen, por el contrario, serios indicios

para sostener que hay graves irregularidades en las cuentas de cobro –varios documentos *“supuestamente fueron firmados por una misma persona, pero las firmas a la vista se observan diferentes, tal como lo anotara el informe de Control Interno”*. Pese a que la auditoría se llevó a cabo respecto de facturas aceptadas por la entidad mediante resolución *“y pagadas por la conciliación realizada entre las partes, lo observado obligaba que para el reconocimiento de las demás cuentas por cobrar, se hiciera una investigación a fondo para determinar si los afiliados realmente se habían beneficiado con el suministro de drogas y, además, debía hacerse respetar los términos del acuerdo entre las partes”*.

viii. No se explica el motivo por el cual, en el acuerdo efectuado entre el FONDO y el propietario de la Droguería la Matuna, las partes pactaron que el suministro no superaría mensualmente los diez millones de pesos, se presentaron facturas de cobro que en algunas ocasiones superaron seis veces esa suma. Esta irregularidad es clara y el dueño de la DROGUERÍA no fue ajeno a la misma, *“pues como buen administrador de sus bienes, debió actuar con diligencia y cuidado para no colocar su patrimonio en peligro, pues a sabiendas de la inexistencia del contrato, las normas que regulan las relaciones con las entidades públicas, las exigencias que de allí [se derivan] y el interés general que existe sobre la buena utilización de los recursos públicos, no debía contratar de esa forma y menos saltarse alegremente los términos del acuerdo que tenía”*.

ix. No obstante que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil *“[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, la parte demandante se abstuvo demostrar la existencia misma del acuerdo, al igual que su contenido y que los medicamentos fueron efectivamente suministrados a afiliados al FONDO. En el proceso *“únicamente existe como prueba una serie de documentos que no han sido aceptados por la parte contra la cual se aducen y un dictamen pericial que únicamente se limita a un aspecto contable, sin verificación de los documentos que sustentan las facturas, [por lo que] considera la Sala que no están probados los supuestos de hecho alegados por la parte actora”*.

Por los motivos señalados, el Tribunal Contencioso Administrativo de Descongestión de Bolívar con sede en Medellín negó las súplicas de la demanda.

## **2. Recurso de apelación**

La parte demandante recurre en apelación para que la decisión antes reseñada se revoque y se acceda, en su lugar, a las pretensiones de la demanda –fls. 458 a 470–. En síntesis, la parte recurrente destaca que, contrario a lo considerado en la sentencia impugnada (i) la carga de la prueba respecto de la entrega de los medicamentos recae sobre la parte demandada, dado que únicamente el FONDO dispone de un banco de datos sobre la totalidad de sus afiliados. El propietario de la DROGUERÍA obró siempre con base en el principio de buena fe y presumió que los médicos adscritos a la entidad únicamente entregaban fórmulas a pacientes afiliados al ente demandado; (ii) recae en el demandado la obligación de identificar las irregularidades que denota cada una de las facturas y para ello ha de partir de



sus propios soportes, porque solo la entidad puede hacerlo. Esto es algo que sólo el FONDO está en posibilidad de hacer y iii) si el FONDO tenía dudas respecto de algunas facturas ha debido glosarlas.

En suma, *“la tarea de examinar las recetas no podía ser de persona diferente que el mismo Fondo de Previsión, solo ellos podían comparar en cada periodo quien era el autorizado a firmar (sic)”*. A renglón seguido, cita un conjunto de oficios en los cuales se pone de manifiesto cómo el FONDO solía cambiar la persona competente para realizar la autorización. Aduce también que: i) las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba, precisamente, por cuanto *“quien mejor está en condiciones de probar es la parte contra quien se hace la afirmación”*; ii) no puede admitirse que la entidad logre liberarse del pago de una obligación alegando irregularidades que bien pudo formularlas oportunamente; iii) como se desestimó la excepción formulada únicamente podía la Sala fallar a favor de la parte demandante toda vez que el cumplimiento de los requisitos que debía observar para la entrega de los medicamentos no fue desvirtuado; iv) a la parte actora se le causó un daño que no está obligada a soportar puesto *“que no existe una norma jurídica que les imponga la obligación de suministrar droga en forma gratuita a los afiliados del Fondo de Previsión de Bolívar”*. Al contrario, a la parte actora se le debe reconocer el monto de las facturas debidamente actualizado, hasta cuando se produzca el fallo definitivo.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988<sup>1</sup>, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa sea conocido por esta Corporación<sup>2</sup>.

#### 2. La configuración del enriquecimiento sin causa en el ámbito de lo contencioso administrativo. Unificación de jurisprudencia.

Mediante pronunciamiento reciente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, unificó su jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa y de *actio de in rem verso*; para tales efectos y con el propósito de *“arrojar luces sobre la razón de ser de los elementos que hoy en día tanto doctrina como jurisprudencia exigen para su procedencia”* –fl. 7– realizó la Sala *“un breve recuento sobre el origen y la evolución de la actio de in rem verso”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 1996 tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13.460.000 y la mayor pretensión de la demanda con la cual se inició este proceso asciende a \$233'212.575.00.

<sup>2</sup> Con aclaración de la magistrada Ponente.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena –Sección Tercera–, sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rad. No. 73001-23-31-000-2000-

En cuanto al carácter autónomo e independiente de la *actio de in rem verso* especificó la Sala –fl. 52– que esta última posición se había adoptado en dos pronunciamientos hechos por la Sección Tercera en el 2009<sup>4</sup>. Al respecto sostuvo:

*“La jurisprudencia reciente de la Sala optó por afirmar el carácter autónomo e independiente de la actio in rem verso, atendiendo el hecho de que en ausencia de un contrato debidamente perfeccionado no es posible acceder a la Administración de Justicia mediante la acción de controversias contractuales, pero que también resultaría improcedente incoar la acción de reparación directa por considerar que ésta última es de carácter estrictamente indemnizatorio, lo que pugnaría con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del enriquecimiento sin justa causa”.*

La Sala –fl. 52– llamó la atención acerca de que al anterior entendimiento se llegó *“atendiendo el hecho de que en ausencia de un contrato debidamente perfeccionado no es posible acceder a la Administración de Justicia mediante la acción de controversias contractuales, pero que también resultaría improcedente incoar la acción de reparación directa por considerar que ésta última es de carácter estrictamente indemnizatorio, lo que pugna con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del enriquecimiento sin causa”*. Recordó que la anterior posición fue asumida de manera clara a partir de dos providencias emitidas en el año 2009<sup>5</sup>.

Así las cosas concluyó – fls. 56-57– que, tratándose de la integración *“al subsistema jurídico administrativo la actio in rem verso existente en el derecho privado, se requería la recalificación de la acción incoada por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo”*; a continuación resaltó lo afirmado sobre este extremo en jurisprudencia reciente –Subsección A, Sección Tercera–<sup>6</sup>.

Finalmente, luego de reseñar los principales pronunciamientos jurisprudenciales en los que aparecen reflejadas las posiciones divergentes y de llamar la atención acerca de que la presencia de discordancias sobre el tema genera situaciones de ambigüedad y de inseguridad, consideró la Sala indispensable unificar la jurisprudencia aplicable a éste tipo de asuntos en los términos que se transcriben en extenso a continuación –fls. 58 a 65; subrayas en el texto transcrito; se mantienen las citas a pie de página en el texto original–<sup>7</sup>:

*“Para este efecto la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, que en nuestro derecho es un principio general, tal*

---

03075-01 (24.897), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. S.V. Stella Conto Díaz del Castillo; A.V. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 15662, CP. Myriam Guerrero de Escobar; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de 29 de enero de 2009, Exp. 15662, CP. Myriam Guerrero de Escobar; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, Auto de 6 de agosto de 2009, Exp. 13001-23-26-000-2005-01843-01 (33.921).

<sup>6</sup> Sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 17008.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

*como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup> a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831<sup>9</sup> del Código de Comercio, no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

*Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.*

*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.*

*En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.*

*Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.*

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

*Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.*

*Así que entonces, la buena fe objetiva ‘que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente*

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

<sup>9</sup> Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

*el deber de informar a la otra parte<sup>10</sup>, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia', es la fundamental y relevante en materia negocial y 'por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual',<sup>11</sup> cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.*

*Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben 'celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural'.*

*Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho 'constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario'<sup>12</sup>.*

*Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.*

*Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación 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 que antes se mencionó.*

*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:*

*Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa alguna del*

<sup>10</sup> En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

<sup>12</sup> Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal.

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.

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.

El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa.

Se recuerda que, de un lado, se prohija las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

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.

En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de

*herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la *condictio pertenciente* a la respectiva materia, materia esta que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento.*

*Ulteriormente, a partir de la construcción de la escolástica cristiana y de la escuela del derecho natural racionalista, se entendió que la prohibición de enriquecerse a expensas de otro era una regla general que derivaba del principio de la equidad y que por lo tanto resultaba aplicable también para todas aquellas otras hipótesis en que alguien se hubiera enriquecido en detrimento de otro, aunque tales casos no estuvieran previstos en la ley.*

*Este proceso culminó cuando Aubry y Rau entendieron y expresaron que la *actio de in rem verso* debía admitirse de manera general para todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona, sin causa legítima, se enriquecía en detrimento del de otra y siempre y cuando el empobrecido no contara con ninguna otra acción derivada de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito para poder obtener la restitución.*

*Así que entonces la autonomía de la *actio de in rem verso* se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere.*

*Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.*

*Emerge por consiguiente que la *actio de in rem verso*, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro.*

*Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la *actio de in rem verso*, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental.*

*Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.*

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

*Puestas así las cosas aparece obvio que 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.*

*Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental.*

*Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción.*

*Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibídem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento.*

*Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos<sup>13</sup> y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.*

*Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos<sup>14</sup> y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones”.*

En los términos que anteceden unificó la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera– su jurisprudencia en relación con la figura del enriquecimiento sin causa y respecto de la procedencia, en el ámbito contencioso administrativo, de la *actio de in rem verso*.

### **3. Problema jurídico**

Encuentra la Sala que así como está planteado el asunto de la referencia, la parte actora eleva dos peticiones. De un lado, solicita que la entidad demandada – el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar, hoy en liquidación– responda por falla en el servicio por falta de diligencia frente a su deber de perfeccionar el contrato de suministro de medicamentos en los términos previstos por la legislación vigente para la fecha en que se pactó el compromiso. Del otro, aduce que como el contrato no nació a la vida jurídica su ejecución se quedó sin sustento legal, motivo por el cual el suministro produjo un desplazamiento

---

<sup>13</sup> Numeral 6 del artículo 134B del C.C.A.

<sup>14</sup> Numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.

patrimonial injusto, con lo que se estructura un enriquecimiento sin causa que da lugar a la prosperidad de la *actio de in rem verso*<sup>15</sup>.

A partir de los criterios jurisprudenciales unificados, pasa la Sala a establecer qué hechos se probaron en el caso concreto y a decidir lo que en derecho corresponde.

#### 4. Lo probado

Debe la Sala establecer si, teniendo en cuenta la legislación vigente al momento de trabarse la relación comercial entre el dueño de la Droguería La Matuna y el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar, cumplidas las exigencias previstas en la legislación para tales efectos y sin desconocer o contrariar normas imperativas, nació a la vida jurídica un contrato administrativo. Lo anterior por cuanto, como ya se dejó dicho, el enriquecimiento sin causa “no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente”<sup>16</sup>.

Bien sabido es que en materia contractual se aplica la ley vigente al momento de la celebración del contrato, en el caso concreto, el Decreto 222 de 1983. Conforme a lo dispuesto en dicho estatuto, el contrato de suministro reviste la forma de un contrato de naturaleza administrativa<sup>17</sup>. Entre los requisitos que deben cumplirse en la celebración de los contratos administrativos pueden enumerarse los establecidos en el artículo 25 de esa codificación<sup>18</sup>. Adicionalmente, el Decreto

---

<sup>15</sup> Sobre esta última petición debe tenerse presente que el Consejo de Estado ha dicho en jurisprudencia reiterada que entre los casos más frecuentes y repetidos en esta materia se encuentra el concerniente a “*la ejecución de prestaciones, obras o la entrega de bienes sin que medie contrato estatal perfeccionado de acuerdo con las normas que rigen el tráfico jurídico de los Contratos del Estado u otra causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial*”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de 26 de mayo de 2010, Rad. No. 250002326000200300616 (29402), CP. (E) Gladys Agudelo Ordóñez.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena –Sección Tercera–, sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rad. No. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. S.V. Stella Conto Díaz del Castillo; A.V. Carlos Alberto Zambrano Moreno.

<sup>17</sup> “ARTICULO 16. DE LA CLASIFICACION Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS -<DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Son contratos administrativos: // 1. Los de concesión de servicios públicos. // 2. Los de obras públicas. // 3. Los de prestación de servicios. // 4. Los de suministros. (...)”.

<sup>18</sup> “ARTICULO 25. DE LOS REQUISITOS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: // a. Presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta; // b. Licitación o concurso de méritos; // c. Registro presupuestal; // d. Constitución y aprobación de garantías; // e. Concepto del Consejo de Ministros; // f. Firma del Presidente de la República; // g. Revisión del Consejo de Estado; // h. Publicación en el Diario Oficial, y pago de los derechos de timbre. // PARAGRAFO. Es entendido que



222 de 1983 contempla la observancia de ciertas exigencias para la contratación estableciendo respecto de aquellos contratos que no exigieran ser formalizados por escrito –cual era el caso en el asunto *sub examine*–, que “*el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se [haría] por resolución motivada*”<sup>19</sup>. De otra parte, el artículo 60 del referido Decreto dispuso –se destaca–

:

*“[s]alvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto. // Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato”.*

Además, el artículo 81 prescribía que no por dejar de pactar cláusula de garantía el contratista se liberaba de constituirla. Establecía, también, que, en caso de que la exigencia se omitiera, la entidad respectiva daría “*por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna*”.

A partir del material probatorio arrojado al expediente se tiene que el señor Hernando Fernández Osorio propietario del establecimiento de comercio Droguería La Matuna –registrado como comerciante en la Cámara de Comercio de Cartagena– estaba dedicado a una actividad que consistía en “*Distribución, Compra y Venta de Drogas*”<sup>20</sup>. Lo anterior se desprende del Certificado de Matrícula de Persona Natural allegado –fl. 10 C-1º–I.

Mediante escrito fechado 23 de junio de 1992 –fl. 14 ib. –, el antes nombrado le ofreció al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR los servicios de la DROGUERÍA “*LA MATUNA*” así:

*“20% de descuento a 30 días de despacho fecha Factura*

---

además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos”.

<sup>19</sup> “ARTICULO 26. DE LOS CONTRATOS QUE DEBEN CONSTAR POR ESCRITO - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Salvo lo dispuesto en este estatuto, deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000.00). // En los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se hará por resolución motivada”.

<sup>20</sup> El señor Hernando de Jesús Fernández Osorio falleció el día 19 de diciembre de 1994, según consta en certificado de defunción en el que como causa de la muerte se anotó “*Arritmia Cardíaca; Hipoxia Cerebral; Insuficiencia Cardíaca*” –fl. 35 ib. –. Como consta en documento suscrito por los señores Denis Socorro Borge Visbal, Jorge Mario Fernández Borge y Patricia Eugenia Fernández Borge dirigido al trámite sucesoral adelantado ante la Notaría Cuarta del Circuito de Cartagena –fl. 321 ib. –, el señor Hernando Javier Fernández Borge fue nombrado Albacea testamentario. La señora Denis del Socorro Borge Visbal demostró su calidad de cónyuge superviviente y los señores Patricia Eugenia, Hernando Javier y Jorge Mario Fernández Borge su calidad de hijos –fl. 322 ib. –.

10% de descuento a 45 días de despacho “ “

5% de descuento a 60 días de despacho “ “

Se Exceptúan de estos descuentos: los productos LADOGAL y LUPRON, indicados para el Cáncer, los cuales los laboratorios lo despachan sin descuento, lo cual serán facturados aparte (sic).

Estos descuentos se harán de común acuerdo el día de vencimiento de cada facturación”.

Y lo cierto fue que la oferta se aceptó, porque el Gerente Liquidador, en comunicación del 30 de agosto de 1996, anexó copia auténtica del escrito fechado el 23 de julio de 1992, firmado por el entonces Gerente de la entidad, que así lo indica. Se trata de la respuesta de 21 de agosto de 1996, enviada por el señor Hernando Fernández Borge al FONDO solicitando “COPIA AUTORIZADA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE DROGAS; CERTIFICADO DE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y LAS RESPECTIVAS RESOLUCIONES DE CADA UNA DE LAS FACTURAS CAMBIARIAS, que actualmente adeuda EL FONDO a HERNANDO FERNÁNDEZ Y/O DROGUERÍA LA MATUNA”, el que señala:

“De acuerdo a su solicitud de fecha 23 de junio del presente año, mediante la cual nos ofrecen los servicios de suministro de drogas a los afiliados al Fondo de Previsión Social de Bolívar, nuestra Junta Directiva autorizó a aceptar dicho ofrecimiento, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

1º.- PRECIO DE VENTA Y FORMA DE PAGO: Los medicamentos entregados al consumidor tendrán un valor del 20% de descuento sobre el precio al público. Las cuentas causadas por este concepto, serán presentadas cada quince (15) días y pagaderas dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de las mismas.

2º.- El consumo de drogas durante el mes tendrá un tope máximo de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10'000.000.00), los cuales se pueden ampliar de mutuo acuerdo entre el Gerente del Fondo y la Droguería “la Matuna”.

3º.- Nuestro Coordinador Médico, doctor **SAMUEL ARTEAGA BERNATE**, es la persona indicada para autorizar las recetas, para lo cual se tendrá en cuenta su firma y sello que aparecen registrados al pie de este escrito.

4º.- Las fórmulas que tengan un costo superior a los QUINCE MIL PESOS (\$15.000.00), deben llevar el visto bueno del suscrito Gerente.

5º.- toda fórmula que no sea reclamada dentro de los siete (7) días después de su expedición, no tiene validez.

6º.- La Droguería “la Matuna”, no aceptará **TRUEQUE** de ninguna naturaleza, relacionada con la entrega de los medicamentos, Esto será causal de la suspensión del servicio.

7º.- El valor de las cuentas presentadas no deberán excederse de los TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000.00), y deben tener anexas sus respectivas estampillas que se adquieren en la Tesorería Departamental.

8º.- *Para reclamar los medicamentos, el beneficiario deberá presentar su documento de identificación (Cédula de ciudadanía o Carnet de empleado vigente), en caso de no presentarse personalmente para reclamar la droga, servirá una fotocopia de alguno de los documentos antes mencionados, con la identificación de la persona autorizada* –énfasis en el texto original–.

Aunado a lo anterior, el 14 de enero de 1993, el Gerente del FONDO dirigió a la actora una comunicación relativa a los controles a los que debía someterse el suministro de medicamentos –fl. 361 lb. –.

*“1º. Todo afiliado para efecto de reclamar los medicamentos, deberá identificarse con su cédula de ciudadanía o en caso de no presentarse personalmente servirá una fotocopia del documento en mención y la identificación de la persona autorizada.*

*2º. Los doctores LUIS PADILLA SIERRA, Director de la Unidad Médica; SAMUEL ARTEAGA BERNATE; Jefe División de Servicios Médicos y GUILLERMO CORONEL VARELA, Profesional Universitario, cuyas firmas aparecen al final del presente escrito, serán las personas autorizadas para firmar las fórmulas expedidas por esta Institución”.*

*3º. Las recetas cuyo valor sea superior a los QUINCE MIL PESOS (\$15.000.00) e inferior a los TREINTA MIL PESOS (\$30.000.00) deben ser devueltas a nuestra entidad con el fin de ser avaladas por el Dr. LUIS PADILLA SIERRA, Director Unidad Médica”.*

*4º. Las recetas cuyo valor sea superior a los TREINTA MIL PESOS (\$30.000.00) deben ser también devueltas para el visto bueno del suscrito, en mi calidad de Gerente”.*

Y el 25 de agosto de 1993 el Gerente del FONDO se dirigió al señor Hernando Fernández Osorio para informarle que –fl. 363 lb.–: *“los días jueves 27 del presente mes de Agosto, los doctores LUIS B. PADILLA, Jefe de la Unidad Medico-Asistencial y el Dr. SAMUEL ARTEAGA BERNATE, no firmarán fórmulas y en su defecto las firmará el Dr. GUILLERMO CORONELL VARELA, hasta por un valor de TREINTA MIL PESOS (\$30.000) // Igualmente las fórmulas que sobrepasen el valor de los TREINTA MIL PESOS (\$30.000.00) llevarán mi visto bueno”.*

De suerte, que el señor Hernando Fernández Osorio, propietario de la Droguería La Matuna, ofertó a la demandada el suministro de medicamentos y ésta, aunque condicionó su recibo y pago al cumplimiento de algunas formalidades, prestó el servicio y benefició a sus afiliados.

Esto es así porque, por medio de apoderado judicial, el señor Hernando Fernández Borge instauró demanda ejecutiva de mayor cuantía *“contra el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOLÍVAR y a favor de la sucesión ilíquida del señor HERNANDO FERNÁNDEZ OSORIO, por la suma total de dinero que resulte de la actualización a la fecha en que se verifique pago de la cantidad de CUARENTA Y SEIS MILLONES VEINTIDOS MIL TREINTA Y UN PESOS (\$46’022.031.00) Mcte, más los intereses legales de mora (12% anual), causados desde que la obligación*

se hizo exigible hasta que se satisfaga en forma total, liquidados conforme lo establece el art. 1º del Decreto 679 de 1.994” –fl. 18 C1–. El ejecutante afirmó que, en virtud de contrato de suministro celebrado con el FONDO, el causante presentó y solicitó el reconocimiento y pago de diferentes cuentas causadas por dicho concepto así: facturas 400, 404, 405, 406, 407, 412, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425 y 426, las cuales suman una cantidad de \$46'022.031 y que fueron reconocidas y ordenado su pago mediante resoluciones 4367, 4363, 4366, 4362, 4365, 4360, 4373, 4391, 4390, 4393, 4394, 4388, 4392, 4387, 4395, 4389 de 1994.

En providencia fechada 20 de junio de 1995, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó el mandamiento de pago, comoquiera que los documentos en donde constan las obligaciones fueron allegados en copia simple y no en original o copia autorizada y tampoco se acompañó copia de la Póliza de Garantía, de su documento aprobatorio al igual que del certificado de disponibilidad presupuestal – fls. 18-22–.

El 26 de febrero de 1996, en audiencia de conciliación con participación de la procuraduría, el representante de la sucesión y del Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar en liquidación, acordaron que la demandada pagaría la suma de \$43'084.289.00, de un total de \$277'076.864 (en el cuaderno principal del expediente obran varias facturas en copia simple –fls. 37-317–).

Ahora, con antelación a la presentación de la demanda ejecutiva en el expediente consta que el 20 de febrero de 1995, los funcionarios de la División de Control Interno de la gobernación de Bolívar en el marco de una investigación señalaron –fls. 363-367 lb. –:

*“Antonio Lequerica M., nos preocupa todo lo encontrado en la evaluación de la referencia, evaluación en la que, a nuestro parecer, se detectaron irregularidades que merecen de usted un cuidadoso análisis con su debida apreciación en la mayor brevedad posible, ya que de la solución de irregularidades como esta, depende el logro de los objetivos, planes, programas y proyectos de la presente administración. // La labor consistió en contactar al afiliado, para verificar firma y cantidad de medicina recibida en confrontación con su respectiva receta, también se verificó el número de la historia clínica, cédula de ciudadanía, fecha y valor de cada receta. // A continuación explicamos el procedimiento que siguen las recetas prescritas en el Fondo a sus afiliados: // Existen dos tipos de procedimientos, uno para las recetas que prescriben los médicos generales del Fondo, que son escritas directamente a los formatos (sic) utilizados en dicha entidad y otro a las recetas que prescriben los médicos especialistas, que son escritas en sus recetarios personales, estas recetas son llevadas a la entidad por el afiliado y una vez recibidas son transcritas a los formatos ya citados, por un médico autorizado para esta labor. Cualquiera de los dos casos que se presente, el afiliado retira su receta (anexo #1) y se acerca a la droguería, donde después de firmar y anotar el número de cédula de ciudadanía, recibe sus medicamentos, exacto (sic) en el caso que el valor total de la receta exceda el valor de \$40.000.00 en dicho caso el afiliado debe volver a llevar la receta al el (sic) Fondo para que el director con su firma y sello autorice la entrega de las medicinas. // Después de despachar las medicinas la droguería relaciona una cantidad de recetas que varía entre 90 y 120, en todo caso que la suma de los valores no exceda de los \$3'000.000.00 y hace la*

respectiva factura anexando a ésta las recetas relacionadas. Estas facturas son enviadas al Fondo, donde reciben el trámite necesario para su cancelación. // En nuestra evaluación nos percatamos que todas las facturas llevan las firmas y sellos de // El médico general o médico que transcribe las recetas de los especialistas. // El auditor médico. // El Jefe de la división de atención médica, y en el caso de que las medicinas excedan el valor de \$40.000.00, la firma y sello del director del Fondo. // Para hacer la evaluación de las facturas que el Fondo de Previsión de Bolívar le debe a droguería La Matuna se llevó a cabo el siguiente procedimiento: // Se verificó receta por receta para obtener las que pertenecían a personal activo de la Gobernación de Bolívar, una vez ubicado el funcionario al cual debía pertenecer cada una de las recetas encontradas, se procedía a contactar a la persona a la cual se le preguntaba si había recibido las medicinas allí escritas y si la firma de recibido pertenecía a dicha persona. // Para el procedimiento se tomó sólo el personal de la Gobernación, porque eran los de más fácil ubicación. // A continuación enumeramos las inconsistencias encontradas en dicha evaluación. // 1º.- En la factura #460 de Noviembre del 94, la receta #133825 (anexo #2) a nombre de Marcelino Mora se encontró que: // -La firma no es la del afiliado. // A el (sic) señor se le entregó una sola medicina de las tres que aparecen transcritas. // A el (sic) momento de recibir la medicina el señor firmó su receta y recuerda que los espacios en blanco estaban rayados (se deduce que la receta fue suplantada por una nueva) // El medicamento recibido por el afiliado fue el Artren, una caja. // 2º.- En la factura #0404 de Septiembre de 94, la receta #087018 (anexo #3) a nombre de Nubia Yemail, se encontró que: // la firma no es del afiliado. // La persona en mención dijo haber recibido esas medicinas con anterioridad, pero que a esa fecha no las recibió. // 3º.- En la factura #459 de Noviembre del 94, la receta #11088 (anexo 4) a nombre de Fredy Muñoz, se encontró que: // La firma no es la del afiliado. // Al señor se le entregó una sola de las medicinas allí transcritas. // La medicina recibida fue el trocifen. // 4º.- En la factura #459 de Noviembre del 94, la receta # 133840 (anexo #5) a nombre de Álvaro Días se encontró que: // La firma no es la del afiliado. // 5º.- En la factura # 0406 de Septiembre del 94, la receta #169522 (anexo 6) a nombre de Zaida Larios se encontró que: // La firma no es la del afiliado. // La señora dijo no haber recibido ninguna de las medicinas allí escritas. // En la parte anterior de la receta se autorizó a la señora Fidelina Gómez, con c.c. 326'941.631, para recibir las medicinas a la cual la afiliada dijo no conocer (anexo #7). Para mayor constancia la señora Zaida Larios nos manifestó por escrito todo lo anterior, anexamos dicho documento (anexo #8). // 6º.- En la factura #406 de Septiembre del 94, la receta #087070 (anexo #9) a nombre de Teresa Moran, se encontró que: // La firma no es del afiliado. // 7º.- En la factura #406 de Septiembre del 94, la receta # 169653 (anexo 10) a nombre de Lucy Cossio, se encontró que: // La firma no es del afiliado. // 8º.- En la factura # 405 de Septiembre del 94, la receta # 169742 (anexo #11) a nombre de María Marín, se encontró que: // La firma no es la del afiliado. // La señora María Marín manifestó no haber recibido ninguna de las medicinas allí escritas. // 9º.- En la factura #460 de Noviembre del 94, la receta # 112329 (anexo #12) a nombre de Elida Cuesta, no se encontró la firma de recibida agravando la situación que la recta tiene un valor mayor de \$40.000.00 (por lo cual debió ser autorizada por el Director del Fondo). // 10.- En la factura # 0424 de Octubre del 94, la receta #071023 (anexo 13) a nombre de María Rodríguez, no se encontró la firma de recibido. // 11.- En los siguientes casos se encontraron dos recetas a nombre de la misma persona con diferentes firmas: // Factura #417 de Octubre del 94, receta # 070113 y factura # 0460 de Noviembre del 94, receta # 112940 (anexos 14 y 15) a nombre de Gloria Salas empleada del Hospital Universitario de Cartagena. // Factura 407 de Septiembre del 94, receta #169856 y factura # 0425 de octubre del 94, receta 3168380 (anexos 16 y 17) a nombre de Priscila Quiñones empleada del Intra. // Factura #0400 de Septiembre del 94,

*receta 3 169298 y factura # 0418 de Octubre del 94, receta # 168344 (anexos 18 y 19) a nombre de Rocío Faciolince empleada del Fondo de Previsión Social de Bolívar. // Factura #0460 de Noviembre del 94, receta #133402 y factura # 0404 de Septiembre del 94, receta 3169165 (anexos 20 y 21) a nombre de María Sequeda jubilada. // 12.- En la factura #0422 de Octubre del 94, receta # 131307 (anexo #22) a nombre de Ruth Alcázar, no aparece la firma de la afiliada agravando el caso, que la receta tiene un valor mayor de \$40.000.00. // También encontramos que algunos médicos del fondo tienen recetas por valores mayores de \$90.000.00 cuando los afiliados nos manifestaron que nunca han estado hospitalizados y aparecen con operaciones registradas en sus historias clínicas y algunos que han reclamado estas anomalías se les extravían sus historias, de estas inconsistencias no pudimos verificar nada debido a no tener acceso a esa información, la cual sólo puede ser revisada por el médico. // Las recetas que no pertenecen a personal de la Gobernación no se verificaron personalmente. // Esperamos que estas pruebas tengan el valor necesario para que se lleve a cabo una investigación más profunda y se tomen las medidas correctivas del caso” –fls. 368 a 388 C.1–.*

Por otro lado, en el curso del proceso de la referencia, la parte demandada solicitó una inspección judicial con intervención de peritos encargados de establecer (i) el monto total de las facturas presentadas por el propietario de la droguería, en el lapso que va del año 1992 al año 1994 y que fueron reconocidas mediante acto administrativo de la Gerencia del FONDO y debidamente canceladas al establecimiento de comercio; (ii) el número total de facturas o cuentas de cobro que se encuentran en los archivos de la entidad y determinar si los medicamentos fueron solicitados con el lleno de los requisitos contemplados en las comunicaciones de aceptación del suministro de drogas detallados en los oficios suscritos por los gerentes del FONDO en los años 1992 y 1993; (iii) si los medicamentos fueron recibidos por afiliados al FONDO, verificando que coincida el nombre del afiliado y la persona que recibe con su documento de identidad; (iv) si los precios establecidos en la factura corresponden a los acordados para el suministro de drogas con el descuento; (v) si las cuentas de cobro elaboradas por funcionarios del FONDO o de la Gobernación, corresponden a facturas respecto de las cuales se advierten inconsistencias y si tienen que ver con el personal afiliado al FONDO proveniente de otras dependencias, como Tránsito Departamental, Contraloría Departamental, Hospital Universitario, Hospital San Pablo etc. –fl. 341–. Del dictamen rendido por peritos se destaca:

1. *“(…) para la diligencia de inspección judicial que se efectuó el día 17 de julio de 1998 dentro del proceso de la referencia, donde el representante legal del fondo de la previsión social de Bolívar en liquidación (sic), el DOCTOR RAFAEL GÓMEZ DE LA ESPRIELLA, concreta el punto Uno y dos de la inspección judicial solicitada, haciéndonos entrega de la totalidad de las facturas y recetas médicas que se encontraban en poder de la mencionada entidad y las cuales después de ser auditadas suman la cantidad de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS M.C. \$224.212.809.00”.*
2. *“Con relación al punto Dos resolvimos los literales en cuanto a las inquietudes de la demanda así:*
  - a. *“Si fueron aceptadas con el lleno de los requisitos como aparece en las comunicaciones de aceptación de suministro de drogas, de los Gerentes del fondo, y de la droguería la Matuna, años 1992 y 1993 (anexamos copia de los oficios de aceptación, folios y 1 y 2 del expediente)”.*

- b. *“Los medicamentos si fueron recibidos por los afiliados del fondo de previsión social de Bolívar y concuerda el nombre del afiliado con quien recibe la droga, hecho que se comprueba con el nombre, firma y número de cc que aparece en cada una de las recetas médicas. (anexamos copia de las recetas, folios 380, 375 y 382 del expediente)”.*
- c. *“No existe inconsistencia alguna en las facturas suministradas por el fondo y sometidas a la inspección solicitada en la demanda, como tampoco existe suministro de medicamentos a otra entidad, sólo existen drogas suministradas a los afiliados del fondo social de previsión social de Bolívar en liquidación”.*
3. *“Existe un documento que anexamos a la presente inspección judicial, donde la PROCURADURÍA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, certifica la investigación que cursaba en esa procuradora (sic), solo tenía que ver con funcionarios del fondo de previsión social de Bolívar, por posibles irregularidades en el retiro de fórmulas médicas en droguería la MATUNA, situación que no comprometía y exoneraba de cualquier investigación a los señores de DROGUERÍA LA MATUNA, que nada tenía que ver con la investigación de carácter interno que cursaba en el fondo de previsión social de Bolívar”.*
4. **EN CUANTO A LO QUE PIDE LA PARTE DEMANDANTE:**  
*“Existe plena prueba de la contratación del suministro de drogas de DROGUERÍA LA MATUNA, hacia los afiliados del fondo de previsión social de Bolívar en liquidación, por haberse encontrado con fehaciente claridad, las facturas cambiarias con el lleno de los requisitos legales, donde la parte demandante, entregó a los beneficiarios de la parte demandada, drogas con el lleno de los requisitos legales, estableciéndose una obligación de la segunda con la primera”.*
5. **“EN CUANTO A LO QUE PIDE LA PARTE DEMANDADA”:**  
*“Solicita, constatar la facturación de Droguería la Matuna con cargo al Fondo Social de Previsión Social de Bolívar hoy en liquidación.*

**Resultado** del trabajo pericial contable, encontramos físicamente y en perfectas condiciones, las facturaciones por concepto de suministro de parte de Droguería la Matuna y aceptación de haber recibido Drogas frescas y otros, autorizados por el Fondo de Previsión Social de Bolívar en la suma de \$224.212. 809. 00 DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS M.C.

*Este valor resulta de auditar cada una de las recetas médicas con la respectiva cuenta de cobro, ambas pruebas o documentos fueron suministrados por el Fondo antes mencionado.*

*El auditaje o inspección judicial nos permitimos comprobar:*

1. *EN LAS RECETAS MEDICAS (sic): // Nombre del beneficiario. // No. De cada receta. // Fecha de la receta. // Valor total de cada receta.*
2. *EN LAS CUENTAS DE COBRO: // Nombre del deudor Fondo de Previsión Social de Bolívar /Servicio Médico. // No. De cuenta. // Fecha de la cuenta. // Concepto de la deuda. // Valor de la cuenta.*
3. *Del análisis final de auditoría, se desprende la comprobación de los siguientes hechos:*
  - a. *Cada receta médica tiene: // Firma y sello del Jefe de Auditoría Médica del mencionado Fondo.*
  - b. *Cada relación de las cuentas de cobro enviadas por droguería la Matuna y/o Hernando Fernández al Fondo de Previsión Social de Bolívar, están: // Contabilizadas, selladas y firmadas por el Jefe de Depto de Contabilidad del Fondo de Previsión Social de Bolívar (sic). // Firmadas y selladas por el Contador*

**Público del Fondo de Previsión Social de Bolívar (sic) Señor Rafael G. Janacet Caro, con Tarjeta Profesional No. 31.116-T.**

- c. Que la sumatoria de las Cuentas de cobro que nos entregó el Fondo de Previsión Social de Bolívar en Liquidación, junto con sus respectivas recetas médicas, suman la cantidad de: **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS M.C.... \$224.212.809.00.** // A continuación, efectúan los peritos el “DESARROLLO DE LAS OPERACIONES MATEMATICAS PARA DETERMINAR LA INDEMINZACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS” –énfasis en el texto original, fls. 4-9 C.2–.

En comunicación dirigida a la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, el 16 de marzo de 1999, el representante legal del FONDO solicitó no dar trámite procesal al dictamen presentado el día 9 anterior – fls. 271-272 C.2–<sup>21</sup> y, el 6 de abril del mismo año, objetó el dictamen pericial por error grave, para el efecto sostuvo –fls. 288-300 C.2–:

(i) La primera pregunta acerca de si los medicamentos que se cobran fueron solicitados con el lleno de los requisitos contemplados en las comunicaciones de aceptación del suministro de medicamentos que se detalla en los oficios suscritos por los gerentes del Fondo de Previsión Social de Bolívar en los años de 1992 y 1993, no fue respondida, sino que:

*“los peritos en sus conclusiones incurrieron en error grave al ponderar el mérito demostrativo del documento transcrito, en pugna con lo prescrito para la validez de las órdenes de suministro, por lo cual al aceptar que dichas órdenes fueron expedidas con el lleno de los requisitos exigidos, su afirmación resulta contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba. // La firma y sello de Auditoría Médica se registra cuando se ha presentado la cuenta de cobro y no cuando se expide la receta médica, como pretenden hacer ver los peritos, La Auditoría Médica es una oficina asesora, no ejecutora o de línea. // Igualmente incurren [en] error grave los peritos al considerar que la firma y sello de correspondencia en la División Administrativa del Fondo de Previsión Social y la contabilización de cuentas de cobro presentadas, constituyen prueba de la obligación que se demanda en este proceso. Una y otra son simples actos de trámite. // Solo la firma del Gerente del*

---

<sup>21</sup> Estimó que “dicho dictamen no fue rendido en legal forma y que, en consecuencia, [debía procederse] a nombrar nuevos peritos para que rindan el dictamen solicitado en la respuesta de demanda y decretado como prueba”. Sobre el particular manifestó: “El H. Tribunal Administrativo de Bolívar designó dos (2) peritos y uno solo de ellos con más de cinco meses de retardo procede a elaborar y rendir este dictamen (sic), referido a temas que no fueron materia de cuestionario sometido a la consideración de los peritos, como es el caso de los perjuicios que se calculan en su estudio, la responsabilidad disciplinaria de funcionarios del Fondo de Previsión Social en el suministro de drogas por parte de Droguería La Matuna o la responsabilidad del comerciante por las irregularidades materia de investigación a las peticiones de la parte demandante. // Desde luego que el Fondo de Previsión Social de Bolívar en Liquidación no está obligado legalmente a cancelar honorarios por un trabajo que no solicitó y que, además, es competencia del H. Tribunal Administrativo (determinación de pagar las facturas presentadas y perjuicios causados), de la Procuraduría Departamental de Bolívar (la responsabilidad disciplinaria de funcionarios) y de lo que pida la parte demandante. El perito, por el contrario, dejó de atender puntos fundamentales del cuestionario y otros los estudió con manifiesta parcialidad lo que le llevó a incurrir en error grave en sus conclusiones”.



*Fondo de Previsión Social de Bolívar compromete la responsabilidad administrativa de la entidad, como representante legal y ordenador del gasto”.*

(ii) Respecto de las preguntas b y c:

1. *“Los peritos tenían como misión aportar el concurso de su especialidad en la búsqueda de la verdad histórica, interviniendo de manera decisiva a favor de ésta, puesto que su actividad no debía estar guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público de abolengo superior como auxiliares de la justicia.*
2. *Estaban los auxiliares de la justicia “obligados a verificar que el valor fijado a los productos en las cuentas del cobro correspondían a los precios comerciales de los medicamentos y que se había aplicado el descuento el 20% establecido en favor del Fondo de Previsión Social de Bolívar en la comunicación de fecha 23 de julio de 1992 que suscriben el doctor Gustavo Adolfo Mayo Díaz, Gerente del fondo de Previsión Social de Bolívar y el doctor Samuel Arteaga Bernate, Coordinador Médico, dirigida al representante legal de la Droguería La Matuna, señor Hernando Fernández Osorio, con constancia de recibo”.*
3. *“[L]os peritos dejaron de cumplir con esta tarea fundamental e ignoraron el beneficio pactado a favor del Fondo de Previsión Social de Bolívar de descuentos del 20% del precio de los medicamentos, por lo cual su conclusión es errónea por vicio de actividad mental al desfigurar el medio probatorio por cercenamiento el mismo. // De otra parte, se registra en esta respuesta una suposición de pruebas, que lleva a los peritos a una valoración subjetiva errónea.*
4. *No se entiende cómo acreditaron los peritos que la persona que figura como afiliado al Fondo de Previsión Social de Bolívar, lo era realmente?; cómo acreditaron que dichos afiliados recibieron drogas frescas y otros (sic)?*
5. *Verificar la condición de afiliados de los beneficiarios de las drogas, resultaba fundamental para el estudio encomendado, mucho más cuando los peritos estaban informados”.*
6. *Los peritos alteraron el texto de los documentos que dan cuenta “de las inconsistencias encontradas por la división de control Interno de la gobernación de Bolívar y que se precisan en el informe de fecha 20 de febrero de 1995 que suscriben Profesionales Universitarios de Control Interno y se informaron, igualmente, que estos hechos eran materia de investigación por parte de la Procuraduría Departamental de Bolívar que por razones de competencia está dirigida contra funcionarios públicos de la División Médica del Fondo de Previsión Social. // Por causa de dicho yerro los peritos dan por demostrado que no existieron inconsistencias en las facturas suministradas para su estudio y que el certificado expedido por la Procuraduría Departamental a iniciativa de ellos ‘exoneraba de cualquier investigación a los señores de DROGUERIA LA MATUNA”.*
7. *Finalmente, el Fondo pone de presente que los peritos determinaron el valor de la indemnización de perjuicios causados a la parte demandante, asunto que no formaba parte del temario sometido a su consideración.*

Una vez hecho el anterior recuento fáctico y examinadas las probanzas, puede concluirse que entre el fallecido Fernández Osorio y el Fondo de Previsión de Bolívar no existió un “contrato de suministro”, pues, como quedó explicado, para

declarar la existencia de un contrato de ese tipo el Decreto 222 de 1983 exigía requisitos y formalidades que no se cumplieron. Dado que la jurisprudencia unificada por esta Sala fue clara en destacar la necesidad de cumplir con las solemnidades y exigencias propias de la contratación administrativa y recordó que tales normas son de orden público y de imperativa observancia *“inmodificables por el querer de sus destinatarios”*<sup>22</sup>, en materia contencioso administrativa, no podrá alegarse enriquecimiento sin causa *“cuando se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual”*. Alegar que existió buena fe subjetiva si lo que media es un incumplimiento de las exigencias establecidas por el orden jurídico –sostiene el precedente jurisprudencial–, significaría desconocer que la *“la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva”*<sup>23</sup>.

Se sostiene en el precedente jurisprudencial que en materia de contratación administrativa opera la buena fe objetiva que la Sección apoya no solo en normatividad positiva sino en consideraciones axiológicas derivadas del propio ordenamiento constitucional relacionadas con la necesidad *“de preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados”*<sup>24</sup>.

Sin que resulte del caso entrar a considerar si el *sub lite* da lugar a considerar la urgencia del servicio, esto es, que para el suministro de medicamentos a los afiliados al Fondo resultaba imprescindible acudir a la Droguería La Matuna; pues, como se desprende de lo atrás expuesto, no se acreditó *“de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa alguna 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”*<sup>25</sup>.

Lo cierto tiene que ver, más bien, con que no obra prueba en el plenario sobre urgencia o necesidad al punto que, de no haberlo hecho por intermedio de la Droguería la Matuna, el Fondo habría podido suministrar los medicamentos directamente o por conducto de otro operador mercantil. De suerte que tampoco puede alegarse el incumplimiento de las exigencias para el perfeccionamiento del contrato estatal por la urgencia o necesidad de *“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”*<sup>26</sup>.

Dicho en pocas palabras, como en el *sub lite* no se acreditó la presencia de alguno de los casos excepcionales mencionados por la jurisprudencia de unificación atrás citada, no resulta procedente alegar un enriquecimiento sin

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena –Sección Tercera–, sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rad. No. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. S.V. Stella Conto Díaz del Castillo; A.V. Carlos Alberto Zambrano Moreno.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> *Ibíd.*

causa. Lo anterior es suficiente para concluir que las pretensiones elevadas en el proceso de la referencia deben ser negadas, como efectivamente se decidirá.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar con sede en Medellín que negó las pretensiones por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente providencia.

**SEGUNDO.- NO CONDENAR** en costas pues no quedó acreditado que la demandante obrara procesalmente con temeridad.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada