



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., 31 de agosto de 2015

Expediente: 36416
Radicado: 5400112331000200600547 01
Actor: ESE Francisco de Paula Santander
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Naturaleza: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de septiembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

La ESE Francisco de Paula Santander reclama, mediante acción de reparación directa, el pago del valor de los servicios de salud prestados a los usuarios del Instituto de Seguros Sociales durante el periodo del 1 al 12 de abril del 2004. El servicio durante dicho lapso fue prestado sin que mediara contrato entre las partes. La parte actora alega la constitución de un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

Mediante demanda presentada el 7 de abril del 2006, la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitó que se declarare responsable al Instituto de Seguros Sociales por el no pago de la prestación del servicio de salud durante 12 días del mes de abril del año 2004 y, que se le ordenara el pago de \$1.761.294.588 por la prestación del servicio de salud no pagada, para evitar que se configure un enriquecimiento sin causa de la entidad demandada.

Por lo anterior, se formularon las siguientes peticiones:

PRIMERA.- Que se declare responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por el no pago a la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, de la prestación de los servicios de salud por los doce (12) días del mes de abril del año 2004, y así se evite un enriquecimiento sin causa.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de los anterior, se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar en favor de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, los siguientes ítems:

a)- La suma de UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$1.761.294.588), por concepto del valor total de los servicios de salud prestados durante los doce (12) días del mes de abril de 2004.

b)- Por intereses moratorios, a la tasa del 2% mensual, desde el mes de mayo de 2004 y hasta el mes de abril de 2006.

TERCERA.- Que se ordene pagar todos los reconocimientos antes citados, en las condiciones y dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 178 del C.C.A.

CUARTA.- Que se ordene pagar los intereses moratorios sobre las condenas que resulten a favor de la parte demandante, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice el pago por parte del ISS (...) en lo demás deberá darse cumplimiento a lo señalado en el artículo 177 del C.C.A.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó los siguientes hechos:

[U]na vez realizada la escisión al ISS (26 de junio de 2003), y en cumplimiento de tal mandato legal, la ESE FPS continuó prestando los servicios de salud a los usuarios afiliados a la EPS del ISS, sin que se hubiese logrado firmar contrato de prestación de servicios de salud para el mes de julio de 2003 y los primeros 12 días del mes de abril de 2004.

Ante tal situación se procedió a plantear a partir de los primeros días del mes de mayo de 2004, los reclamos ante el ISS para el pago de lo facturado por los 12 días del mes de abril, sin que hasta la fecha se hubiese hecho el pago de lo adeudado.

Por tal circunstancia, el ISS empezó a quedar en mora para con la EPS FPS, a partir del mes de mayo de 2004, dado que la fecha límite para pagar los servicios por los 12 días del mes de abril de 2004, vencía a finales del mes de mayo de 2004.

El pago de los servicios de salud los primeros 12 días de abril de 2004, le causó y le sigue causando a la EPS FPS perjuicios en su normal funcionamiento, ya que con dichos dineros se tenía presupuestado cancelar obligaciones laborales contractuales que había adquirido la EPS FPS, por lo cual los acreedores han presentado reclamaciones de pago de lo adeudado con intereses moratorios y perjuicios.

Los servicios de salud prestados por la ESE FPS a la EPS del ISS, comprende los servicios de Promoción y Prevención, los cuales se cobran en factura aparte de los Servicios de Salud.

La ESE Francisco de Paula Santander también presentó demanda contra el Instituto de seguros sociales, ante el H. Tribunal Administrativo de Norte de Santander, para el pago adelantado por los servicios de salud prestados en el mes de julio de 2003. A dicha demanda le correspondió el radicado 2005-0858, Magistrada ponente doctora

Maribel Mendosa Jiménez, y fue admitida mediante auto de fecha 3 de octubre de 2005.

II. Trámite procesal

En escrito de **contestación de la demanda**, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de esta. Negó la existencia de documentación que acredite la prestación del servicio y, el valor del mismo. Afirmó que entre el Instituto de Seguros Sociales y la ESE Francisco de Paula Santander se suscribió el contrato 0205 el 30 de julio de 2003, con un plazo de ejecución hasta el 30 de diciembre del mismo año y que, posteriormente, se suscribieron el otrosí n. ° 2 hasta el 10 de febrero de 2004 y el otrosí n. ° 4 hasta el 29 de febrero de 2004. Agregó que el valor total del contrato fue de \$39.241.880.976.

Expuso detalladamente el procedimiento del sistema operativo de garantía de calidad que es el mecanismo para garantizar el pago a los prestadores de servicios de salud y manifestó *que “[l]a ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO (sic) debe someter las cuentas presentadas y correspondientes al mes de julio de 2003”* a una auditoría, de acuerdo con los requisitos exigidos.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones:

(i) *“falta de exigibilidad de la obligación por incumplimiento de condiciones para la procedencia del pago”*, por cuanto la ESE Francisco de Paula Santander no acreditó la existencia de la obligación ni de la relación jurídica, de acuerdo con los requisitos formales previstos para la presentación y trámite de las cuentas de cobro exigidos por la Ley 100 de 1993;

(ii) Buena fe, debido a que la negación del pago de cuentas de cobro se encuentra justificada en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos para su acreditación.

(iii) Cobro de lo no debido, ya que “[l]a vicepresidencia de EPS del Instituto de Seguros Sociales asumió anticipadamente el pago de dichos servicios” por lo que *“estamos ante la certeza de que no se debe nada por el lapso comprendido entre*

el 26 y el 30 de junio de 2003, toda vez que con base en el Decreto 1750 de 2003, el Instituto tuvo que depurar las obligaciones contraídas a través de las clínicas (...) a efectos de evitar dentro del levantamiento patrimonial efectuado y ordenado por aquel decreto, que las ESE y concretamente la Luis Carlos Galán Restrepo (sic) asumiera como pasivo los gastos que ya se habían producido en cabeza del Instituto de Seguros Sociales”.

(iv) Caducidad, puesto que *“los servicios pretendidos fueron presuntamente prestados entre el 26 y el 29 de junio de 2003, motivo por el cual la caducidad, de acuerdo con lo señalado, comienza a contar al día siguiente de ocurridos los hechos, esto es, que la reclamación judicial sobre los mismo debió efectuarse máximo hasta el 29 de junio de 2005. Siendo la fecha de presentación de la demanda el 25 de julio de 2005, esto es, casi un mes después de caducada la acción”.*

De manera subsidiaria, la entidad demandada solicitó la compensación de los saldos cancelados por concepto de servicios asistenciales, además del *“levantamiento patrimonial realizado en el mes de junio de 2003”* (f. 53-61, c.1).

Mediante auto que abrió a pruebas el proceso, el Tribunal administrativo de Norte de Santander decretó las pruebas pedidas por la parte demandante y negó aquellas solicitadas por la entidad demandada en su escrito de contestación de la demanda, por cuanto este se estimó como no presentado, puesto que fue allegado de manera extemporánea. Además, ofició a la oficina de Auditoría de Cuentas Médicas del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que remitiera la información aportada por la ESE Francisco de Paula Santander por concepto de cobro de 12 días de servicio prestado durante el mes de abril de 2004.

Mediante **sentencia** del 19 de septiembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, negó las pretensiones de la demanda. Consideró que las facturas globales allegadas por parte de la ESE Francisco de Paula Santander, por concepto de prestación de servicios de salud durante los primeros 12 días del mes de abril, no constituyen prueba suficiente de la prestación efectiva del servicio y la consecuente obligación por parte del Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, debido a que, a pesar de las reiteradas solicitudes, la entidad demandante no realizó el trámite correspondiente para la radicación de las

cuentas reglamentado mediante resolución a nivel nacional, para todos los pagos por concepto de servicios de salud en el Instituto de Seguros Sociales.

El *a quo* describió el proceso para el trámite cuentas, en el que se relacionaron como requisitos la presentación de una relación consolidada mensual de las facturas individuales por cada paciente, del resumen en medio físico de las historias clínicas, de la prueba del pago de cuota moderadora, así como del proceso de auditoría de cuentas médicas. Seguidamente concluyó que ante la ausencia de dichos medios probatorios en el plenario no existe prueba de la efectiva prestación del servicio, como tampoco de la iniciación del trámite correspondiente para la relación de las cuentas médicas, por tanto “*no se cumple con las exigencias de la teoría del enriquecimiento sin causa*” (f. 117, c.ppl.).

El 11 de noviembre de 2008, la ESE Francisco de Paula Santander interpuso oportunamente **recurso de apelación** en contra de la sentencia de primera instancia. Alegó que los hechos susceptibles de prueba en el presente proceso, como son la existencia de una prestación del servicio de salud sin contrato o documento que la sustente, y el no pago de la contraprestación derivada de la misma, fueron aceptados como ciertos por la entidad demandada, debido a que esta no cumplió con la carga procesal de contestar la demanda.

Así las cosas, la recurrente manifestó que como consecuencia jurídica de la falta de contestación, los hechos objeto de la demanda se predicen ciertos, por tanto, le corresponde al juez, de oficio, hallar dentro del plenario las pruebas que los desvirtúen. Además, aseguró que las facturas globales presentadas como prueba de la prestación del servicio constituyen un refuerzo probatorio suficiente de la obligación prestacional confesada por la entidad demandada, a la cual le corresponde la carga probatoria de desvirtuar la existencia de la misma. Al respecto concluyó:

[L]a carga procesal probatoria por parte del ISS luego de su confesión, no fue asumida como tal, posición que este extremo contractual entiende, dado que la única forma que hubiese sido jurídicamente posible desvirtuar esta, es demostrar que durante el lapso de tiempo en que sucedieron los hechos ya confesados, esto es, los 12 días del mes de abril de 2004, el ISS no tenía ninguna relación para con la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER,

simplemente demostrando que los servicios que requirió y sobre los temas médicos tocados para el ejercicio de sus funciones, los aseguró y cubrió con otra empresa diferente a la accionante, cosa que además de ausente en el expediente, se torna en un imposible, pues, de la misma documentación se puede extraer que antes, durante y después de estos doce días se mantuvo incólume esta relación, con sus consecuencias patrimoniales, se insiste, debidamente confesados por la accionada (f. 123, c.ppl.).

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

De la jurisdicción, competencia y procedencia de la acción

La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en un proceso que, por su cuantía¹, tiene vocación de doble instancia.

La acción de reparación directa instaurada (artículo 86 C.C.A.) es la procedente, por cuanto las pretensiones de la demanda están encaminadas a la declaratoria del enriquecimiento sin causa de la entidad demandada para la compensación de las contraprestaciones no pagadas por la prestación del servicio de salud².

De la legitimación en la causa

¹ En la demanda se estima el valor de la mayor pretensión en \$1.761.294.588. Se aplica en este punto el artículo 132 de la Ley 446 de 1998, que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa iniciado en 2006 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$204.000.000.

² “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”.

Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación, expediente: 24.897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La entidad demandante afirmó que la falta de pago, por parte del Instituto de Seguros Sociales, del servicio de salud prestado durante los primeros 12 días de abril de 2003 le causó una afectación directa en su patrimonio, por tanto se infiere que tiene interés para solicitar que se declare el enriquecimiento sin causa invocado en la demanda. También está probado en el expediente que el Instituto de Seguros Sociales es la entidad encargada de pagar las contraprestaciones generadas por la prestación del servicio de salud por parte de las Empresas Sociales del Estado creadas mediante Decreto 1750 de 2003.

De la caducidad de la acción

En el presente asunto se pretende que se declare el enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, Instituto de Seguros Sociales, por la falta de pago de los servicios de salud prestados por la ESE Francisco de Paula Santander desde el 1 hasta el 12 de abril del 2004, como la demanda fue impetrada el 7 de abril de 2006, advierte la Sala que la acción incoada se encuentra dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho dañoso, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en el *sub examine* se estructura un enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, como consecuencia de la falta de pago de los servicios de salud prestados por la ESE Francisco de Paula Santander entre el 1 y el 12 de abril del 2004. Para el efecto, se deberá establecer si el caso se ajusta a los presupuestos establecidos en la jurisprudencia para la procedencia de la *actio in rem verso*, esto es, si se presentó alguna de las excepciones previstas para que se haya prestado el servicio de salud sin que mediara contrato.

III. Hechos probados

De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales son susceptibles de valoración probatoria porque fueron aportadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden presentar de la siguiente forma:

1. Mediante Decreto 1750 de junio 26 de 2003 *"Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado"* se creó la ESE Francisco de Paula Santander.

2. A la demanda se anexó copia del oficio mediante el cual el gerente de la ESE Francisco de Paula Santander remitió al Vicepresidente de EPS del Instituto de Seguros Sociales las facturas globales 040 y 041 de 2004, así como copia de las mencionadas facturas y del *"resumen de valorización de servicios prestados a los afiliados a la EPS-ISS"*. En el oficio se anotó:

[M]e permito remitir las facturas globales de los servicios de salud prestados por la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER en el periodo comprendido entre el 01 y el 12 de abril del año 2004:

- *Factura Global N°. 040 por valor de \$1.697.811.438 por concepto de la prestación de actividades de servicios de Salud (...)*
- *Factura Global N°. 041 por valor de \$63.483.150 por concepto de la prestación de actividades de servicio de Promoción y Prevención (...) (f. 11-14, c.1).*

3. El 23 de abril de 2007, como respuesta a la solicitud de información realizada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a la Vicepresidencia de EPS del Instituto de Seguros Sociales, respecto de la documentación aportada por la ESE Francisco de Paula Santander para acreditar la prestación del servicio de salud durante los días 1 al 12 de abril del 2004, la Vicepresidencia de EPS manifestó:

[L]a ESE Francisco de Paula Santander presentó en la Vicepresidencia de EPS Factura Global No. 040 de fecha 01/07/2004 por la suma de \$1.697.811.438, además de un Cuadro Resumen de Valorización de Servicios y la Factura Global No. 041 de la misma fecha por valor de \$63.483.150 con el respectivo resumen de Valorización de Servicios, de las cuales se anexa copia.

El trámite de las cuentas presentadas para pago por las distintas IPS por concepto de servicios de salud, se debe sujetar a lo establecido en el Manual de Auditoría de

Cuentas Médicas del ISS –Resolución 2476 de 2004, la cual se anexa a la presente.

Ahora bien y en cuanto a la presunta prestación de los servicios de salud incluida la Promoción y Prevención en los primeros 12 días del mes de abril de 2004, debe manifestarse que se ha solicitado de la ESE Francisco de Paula Santander, la información sobre la valorización de los Servicios, durante el periodo en referencia (VEPS 8026 del 10 de mayo de 2006), siendo entregada de forma parcial y con algunas dificultades, por lo que se procedió a devolver la misma (...)

Esta información es indispensable para adelantar la metodología para auditar de una manera ágil y eficiente los servicios presuntamente prestados y a su vez determinar que no existan dobles pagos y la existencia y cuantía de los mismos. Sin embargo, a la fecha de hoy no se ha recibido la información requerida por lo cual no pudimos adelantar ningún proceso de verificación de la presunta obligación cobrada por la ESE Francisco de Paula Santander (f. 77, c.1).

4. El 22 de mayo de 2006, la Vicepresidencia de la EPS devolvió la valorización de servicios presentada por el la gerencia de la ESE Francisco de Paula Santander. En el oficio expuso lo siguiente:

[T]eniendo en cuenta que para estructurar la metodología de sustentación y verificación de los servicios prestados entre el 1 y el 12 de abril de 2004 se requiere contar con la información en forma unificada, de manera atenta le devuelvo la valorización que presentó para que la misma sea ajustada con los criterios especificados en el anexo de la comunicación VEPS de 2006 (...) (f. 87, c.1).

5. El 26 de julio de 2006, el Vicepresidente de la EPS del Instituto de Seguros Sociales respondió a la “solicitud de conciliación prejudicial” al gerente de la ESE Francisco de Paula Santander de la siguiente manera:

Por medio de la presente y con ocasión de la solicitud de conciliación de la referencia, atentamente le informo que se decidió realizar la auditoría puntual de todos y cada uno de los servicios valorizados por la ESE a su cargo y presuntamente prestados y no cancelados por ausencia de contrato.

Por tal razón y para dar trámite a la solicitud, se requiere que se remita a esta vicepresidencia de EPS, en medio magnético no reescribible, los RIPS del periodo objeto de conciliación y dos archivos independientes así:

1) El archivo correspondiente a la información necesaria para acreditar los servicios a conciliar.

2) El archivo correspondiente a la información incluida para cobro en la factura global presentada con ocasión del contrato ejecutado en abril de 2004.

Adicional a lo anterior, y con el objeto de unificar la metodología de presentación de la información requerida, anexo modelo de planilla para ser diligenciado.

La información que se solicita, tiene por objeto revestir al proceso conciliatorio de todas y cada uno de los medios probatorios que acrediten fehacientemente el servicio prestado, y evitar inconvenientes en el proceso de aprobación de la conciliación (f. 88, c.1).

IV. Análisis de la Sala

La Sala advierte que la *causa petendi* en el presente proceso invoca un análisis bajo los lineamientos trazados por esta Corporación relativos al enriquecimiento sin causa.

De manera tradicional, la jurisprudencia consideró que la acción de reparación directa era el cauce procesal adecuado para resolver las pretensiones de restablecimiento patrimonial³ en los casos de enriquecimiento sin causa, cuando este tiene su origen en un hecho de la administración, la cual se sirve de la prestación de un servicio o de la ejecución de una obra sin otorgar contraprestación alguna.

No obstante, esta postura cambió cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno, mediante sentencia de 22 de julio de 2009⁴, afirmó el carácter

³ Consejo de Estado, sentencias de 11 de diciembre de 1984, exp. 4070, C.P. Carlos Jaramillo Betancur, de 22 de febrero de 1991, exp. 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, de 3 de julio de 1992, exp. 5876, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 4 de julio de 1997, exp. 10030, C.P. Ricardo Hoyos Duque, y de 6 de abril de 2000, exp. 12775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente: 35026, C.P. Enrique Gil Botero.

autónomo e independiente de la *actio in rem verso*, así como la improcedencia de la acción de reparación directa, en virtud de que su carácter estrictamente indemnizatorio pugna con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del enriquecimiento sin justa causa. En la sentencia mencionada se estableció:

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de in rem verso⁵ –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos.

(...).

En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil.

Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio.

Lo anterior, como quiera que, tal y como se precisó en el acápite anterior de esta providencia, la citada fuente de las obligaciones se refiere al derecho que le asiste a la parte empobrecida –que al haber actuado de buena fe tanto en los tratos preliminares como en la ejecución de las obras o del servicio por fuera del ámbito contractual–,

⁵ [33] “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.// La misma tiene por objeto no permitir a una persona enriquecerse sin causa legítima, a costa de otra.” CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Pág. 122.

de ser al menos compensada en el monto en que su patrimonio fue aminorado (...).

En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. –esta última de naturaleza indemnizatoria-⁶.

Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente⁷, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.

En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal –en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.⁸.

⁶ [38] “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.” DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

⁷ [39] “La sentencia emanada de la Corte de Casación francesa de fecha 5 de junio de 1892 marca un hito en el tema que nos ocupa, por cuanto, por primera vez, se consagra la acción de enriquecimiento sin causa como autónoma, no sólo del principio general sino ajeno a la doctrina cuasicontractual.// “El caso planteado ante la Corte contempla la pretensión de un vehículo de un vendedor de abonos a un arrendatario insolvente, de reclamar el cobro de ellos al propietario del campo que se benefició con la cosecha; la resolución se inclina por la afirmativa aceptando la virtualidad de la acción in rem verso como mecanismo técnico adecuado para restablecer el equilibrio quebrado.// “El fallo declara que esta acción deriva del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro...” AMEAL, Oscar “Enriquecimiento sin causa, subsidiariedad o autonomía de la acción”, en “RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL TERCER MILENIO – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 1067.

⁸ [40] Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias

Posteriormente, con el fin de unificar la posición sobre el tema, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de noviembre de 2012, retomó la postura inicial y señaló que el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa debe hacerse a través de la acción de reparación directa. Al respecto se anotó:

[S]e 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 (...).

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

*sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. **Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.**” (negrillas adicionales).*

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 administración⁹.

En esta ocasión, la Sala precisó que en los casos de enriquecimiento sin causa la acción de reparación directa no podrá ejercerse con una finalidad indemnizatoria, sino únicamente restitutoria, por lo que el demandante, en el evento de que prosperen sus pretensiones, solo tendrá derecho a que se le restituya el monto del enriquecimiento. Sobre este punto se estableció:

[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

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente: 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo.

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 procedimental¹⁰.

Como en el caso concreto, la entidad accionante ejerció la acción de reparación directa con el fin de obtener la restitución del pago por la prestación de un servicio, la Sala procederá a analizar si se cumplen los elementos que definen la teoría del enriquecimiento sin causa.

Para que el enriquecimiento sin causa sea fuente de obligaciones en el derecho administrativo se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, esto es, no solo en el sentido de adición de algo (ventaja positiva), sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio (ventaja negativa); (ii) que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento; y (iii) que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, es decir, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

Adicionalmente, para que el daño causado por el enriquecimiento sin causa pueda ser reparado judicialmente se requiere que el accionante no cuente con otras vías de acción, pues no es posible alegar la existencia de un enriquecimiento sin causa cuando quien lo padece ha dejado transcurrir la oportunidad para ejercer otras vías de demanda, o cuando pretende evadir los requisitos que deben reunirse para el ejercicio de otro tipo de acciones¹¹.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente: 29402, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez. En dicha providencia se dijo al respecto: “Con base en los planteamientos consignados líneas atrás se afirma que la acción de *in rem verso*, es subsidiaria, es decir, procede sólo cuando el empobrecido no tenga ninguna otra acción para restablecer el patrimonio, de manera que tampoco es

Por otra parte, en la providencia de unificación¹² también se precisó que para que proceda la *actio in rem verso* es necesario que las pretensiones no versen sobre el pago de obras, bienes o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, pues se estaría eludiendo el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne. En la sentencia se señaló:

*[L]a Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹³ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831¹⁴ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

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.

*procedente cuando el demandante por su negligencia ha dejado precluir la oportunidad para instaurar la acción procedente y pretende luego, para suplir su negligencia, acudir a través de la *actio de in rem verso* para reclamar la satisfacción de un derecho que podía ser satisfecho a través de una acción específica determinada por el orden jurídico”.*

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente: 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹³ [76] *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.*

¹⁴ [77] *Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.*

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, 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, en lo que se conoce como 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 el deber de informar a la otra parte¹⁵, 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

¹⁵ [78] 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.

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”,¹⁶ 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.”¹⁷

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.

Sin perjuicio de lo anterior, de manera excepcional, la pretensión de enriquecimiento sin causa podrá entablarse en sede judicial a través de la acción

¹⁶ [79] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

¹⁷ [80] Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

de reparación directa en las siguientes tres hipótesis definidas por el pleno de la Sección Tercera de esta Corporación¹⁸:

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

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

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

En el caso concreto, observa la Sala que la ESE Francisco de Paula Santander presentó demanda de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales para reclamar el pago del servicio de salud prestado durante los 12 primeros días del mes de abril del 2004, por lo que, de acuerdo con la pretensión restitutoria de la acción, se analizarán los presupuestos de la *actio in rem verso*.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente: 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo.

El artículo 24 del Decreto 1750 del 26 de junio del 2003 *"Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado"* habilitó al Instituto de Seguros Sociales para que contratara la prestación de servicios de salud con las Empresas Sociales del Estado creadas, con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, *"de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer y, por un término máximo de treinta y seis (36) meses"* contados a partir de la vigencia del decreto.

En la demanda se afirmó que la ESE Francisco de Paula Santander *"continuó prestando los servicios de salud a los usuarios afiliados a la EPS del ISS, sin que se hubiese logrado firmar contrato de prestación de servicios de salud para el mes de julio de 2003 y los primeros 12 días del mes de abril de 2004"* (f. 4, c.1).

Advierte la Sala que mediante providencia de 21 de octubre de 2009, la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó el acuerdo conciliatorio judicial celebrado el 10 de marzo de 2009, entre la ESE Francisco de Paula Santander y el Instituto de Seguros Sociales sobre el valor no pagado por los servicios de salud prestados durante el mes de julio de 2003, sin que las partes hubieren suscrito contrato alguno. La conciliación versó sobre los siguientes términos:

La Honorable Magistrada advierte a los comparecientes sobre el objeto y finalidad del acto de conciliación, las ventajas que se derivan del mismo por cuanto tiene la virtualidad de terminar el proceso, simplificando los trámites e instancias de rigor que falten por surtirse, sustentando debidamente su propuesta y contrapropuesta, aparte de que si se logra un acuerdo conciliatorio, una vez se apruebe por la Sala produce efectos de cosa juzgada en relación con los poderdantes que representen y sus causahabientes. A continuación la H. Magistrada exhorta a los apoderados de las partes para que dialoguen procurando tener claridad en sus intervenciones para facilitar su examen por la parte contraria, concilien sus diferencias, proponiendo las pertinentes fórmulas de arreglo que conduzcan a una solución en derecho y equidad. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra (a) la apoderada de la parte demandante, para que manifieste su fórmula de conciliación, quien dijo: 'Hechos que dieron lugar a los hechos cumplidos: Mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional escindió el Seguro Social, la Vicepresidencia de Instituciones Prestadoras de

Servicio de Salud creando con ello siete Empresas Sociales del Estado, las cuales estaban conformadas por las Clínicas y Centros de Atención quienes eran los encargados de prestar los servicios a los usuarios del Seguro Sociales, quedando establecida la obligación de contratar con las ESES. la prestación de los Servicios de Salud; sin embargo, la ESE Francisco de Paula Santander prestó los servicios a los usuarios del Seguro Social en los Departamentos de Norte (de) Santander, Santander y Arauca, a pesar de no existir un contrato firmado, en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud en el mes de julio de 2003. El valor de los servicios facturados por la ESE ascendió a la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS (sic) SESENTA PESOS CERO CENTAVOS (\$5.339.858.760.00), facturas que fueron revisadas por la Auditoría del ISS, quienes aplicaron unas glosas quedando el valor adeudado en la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$4.596.012.935.);valor que la E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, aplicando el criterio costo – beneficio, y estimando que los intereses reclamados no estaban pactados, aceptan este valor, previa aprobación del Comité de Conciliación contenido en el acta No. 2 del 30 de enero de 2009. La anterior suma de dinero que encierra la propuesta que se acepta la asumimos como una conciliación integral, si es aceptada, que suple en su totalidad las pretensiones involucradas en el presente proceso, no quedando pendiente entonces, ninguna reclamación, poniendo fin a este proceso, dada su naturaleza y que hace tránsito a cosa juzgada. El sano criterio que se expuso en líneas anteriores obedece al ánimo de finiquitar esta situación, por cuanto, de un lado se tenía la imperiosa obligación constitucional de continuar con la prestación del servicio de los usuarios del ISS, el cual no podría suspenderse por simples criterios legales y del otro lado el juicio de proporcionalidad que hace la Dirección de la ESE Francisco de Paula Santander, hoy en liquidación, en buen hora aceptada por las consideraciones del Comité de Conciliación del ISS que reposa en el proceso, en la reclamación de las sumas que aquí se quieren conciliar. Como soporte de todo lo dicho, aportamos a la presente diligencia los siguientes documentos: Copa (sic) auténtica de la factura global No. 018 de la ESE Francisco de Paula Santander con fecha 19 de abril de 2004; certificación preglosa de la Contadora de la ESE sobre concepto prestación de servicios de salud, periodo 1 a 31 de julio de 2003; en tres (3) folios oficio VEPS No. 22195 del 24 de octubre de 2006 signada por el vicepresidente EPS ISS (E.) Doctor ÁLVARO HERNÁN VÉLEZ MILLÁN sobre

el estudio y respuesta a la solicitud de pago; en cinco (5) folios, copia auténtica de certificación por parte de la Gerente Seccional Norte de Santander ISS y del Grupo Interdisciplinario de Auditores sobre el valor de glosas y valor a conciliar, periodo entre 1 a 31 de julio de 2003; en tres (3) folios, certificación Gerente Seccional ISS Arauca y Grupo de Auditoría sobre el valor de glosas y valor a conciliar, periodo comprendido 1 a 31 de julio de 2003; en dos (2) folios, copia auténtica certificación Gerente Seccional ISS Santander sobre glosa y valor a conciliar, periodo comprendido 1 a 31 de julio de 2003; en tres (3) folios fotocopia auténtica por Secretaría General a nivel nacional del ISS sobre análisis de resultados metodología aplicada para la certificación de las valorizaciones presentadas por las ESE; copia simple de jurisprudencia emanada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda sobre un caso similar al presente con su debida aprobación; copia autenticada de una directriz sobre pagos por conciliación del ISS a las ESE, dirigida al Presidente del ISS por el Viceministro de la Protección Social; en seis (6) folios, copia simple del Comité Especial y Directiva Presidencial 02-03; un (1) medio magnético C.D. titulado E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – ISS RIPS – JULIO DE 2003; dos (2) cajas de muestras aleatorias tomadas con bases en modelos estadísticos aportados de registro individual de prestación de servicios (RIPS), y facturas del periodo 1 a 31 de julio de 2003, con contenido relacionado en el anexo que apporto en un (1) folio. Se le concede el uso de la palabra al apoderado judicial de la entidad demandada quien manifiesta: En mi condición de apoderado judicial del SEGURO SOCIAL. Coadyuvo lo propuesto por los representantes de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER en liquidación, ratificando la decisión adoptada por el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tal como consta en el acta correspondiente a la reunión celebrada el 27 de enero del año en curso, distinguida con el No. 03. Reitero que la conciliación es sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda de Reparación Directa radicada con el No. 858 del 2005 y el SEGURO SOCIAL se compromete a cancelar la cifra de CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$4.596.012.935), dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del auto aprobatorio por parte de la Sala de Decisión del Tribunal, mediante los trámites de tesorería internos de la Entidad. Retoma el uso de la palabra la señora apoderada de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, quien a lo propuesto por el apoderado judicial del ISS, manifiesta: Acepto los términos propuestos en la conciliación. Acto seguido se le concede el uso de la palabra al señor Procurador 24 en lo Judicial para Asuntos Administrativos ante el Tribunal, quien

interviene así: ‘El Ministerio Público solicita al Honorable Tribunal que apruebe la presente conciliación, teniendo en cuenta que es celebrada por dos entidades públicas debidamente representadas y el contenido de la misma no lesiona el patrimonio público, no viola el ordenamiento jurídico vigente y se encuentra debidamente respaldado en los soportes probatorios aportados por las partes, declarándose que la conciliación es integral, no quedando ninguna reclamación pendiente y que prestará mérito ejecutivo y hará tránsito a cosa juzgada una vez aprobada por el Tribunal’¹⁹.

En el presente proceso, la parte actora reclama el pago del valor del servicio de salud prestado durante los primeros 12 días del mes de abril del 2004, a los usuarios de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, advierte la Sala que, contrario a lo demostrado durante el proceso conciliatorio que versó sobre el servicio prestado en el mes de julio del 2003, respecto de la prestación del servicio en el mes de abril del 2004, no obra prueba suficiente en el expediente.

De lo anterior dan cuenta las múltiples comunicaciones enviadas por parte del Instituto de Seguros Sociales a la ESE Francisco de Paula Santander, en las cuales se solicita la acreditación de la prestación efectiva del servicio de salud, mediante los documentos idóneos para el efecto, a lo cual la mencionada ESE no dio respuesta.

Si bien, en el recurso de apelación la entidad demandante aludió a la confesión por parte del Instituto de Seguros Sociales, de la existencia de la prestación del servicio de salud durante el periodo reclamado, originada como consecuencia jurídica de la falta de contestación de la demanda, la Sala precisa que, a pesar de que la extemporaneidad de la contestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del CPC, puede apreciarse como un indicio grave contra el demandado, esto no releva al juez conductor del proceso a realizar un análisis de los medios probatorios necesarios para la declaratoria de responsabilidad, así como tampoco presupone inexorablemente una sentencia condenatoria en contra del ente demandado, pues deben privilegiarse los hechos que se logren acreditar en el desarrollo del proceso.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de octubre del 2009, expediente: 37195, C.P. Enrique Gil Botero.

Tampoco se configura, como lo afirma la entidad recurrente, una “confesión” de los hechos que soportan la demanda por parte de la entidad demandada al no haberse presentado a tiempo la contestación. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 194 del CPC, la confesión judicial puede ser provocada, cuando ocurre durante un interrogatorio, o espontánea, cuando se encuentra en el contenido de la demanda o de la contestación. No contempla la norma, la confesión en caso de la no contestación de la demanda, hecho que, como ya se dijo, puede constituir un indicio en contra, pero no una confesión. Además, cabe anotar que por disposición expresa del artículo 199 del CPC, se encuentra prohibida la confesión por parte de los representantes de la Nación²⁰.

Así las cosas, como ya se anotó, el hecho de que la contestación de la demanda haya sido extemporánea, y por ende, se haya estimado como no presentada, no da lugar a la aceptación por parte de la entidad demandada de la existencia de los hechos aludidos en la demanda, como tampoco exime a la entidad demandante de la carga probatoria que tiene de los hechos que sustentan sus pretensiones, por tanto, la Sala valorará de manera integral los elementos probatorios arrimados al proceso, para determinar si hay lugar o no a que prosperen las pretensiones de la demanda.

Para acreditar la existencia de una obligación prestacional por parte del Instituto de Seguros Sociales a favor de la ESE Francisco de Paula Santander por la prestación del servicio de salud, se allegaron al expediente las copias de dos facturas globales suscritas por la mencioanda ESE, en la que anota el valor total por los servicios prestados sin ninguna relación detallallada sobre los mismos, las cuales resultan insuficientes para demostrar la efectiva prestación del servicio.

²⁰ “[L]a confesión provocada no puede pedirse a los representantes de las entidades públicas, de acuerdo con el principio de que ellos, como se dice no muy técnicamente, no pueden confesar, y las confesiones que hagan no perjudican a la entidad que representan. De manera que no se puede citar a un representante de entidad pública al respectivo interrogatorio, por razones de interés público, pues si las entidades públicas las integran todos los asociados, las suerte de aquella y por ende, la de estos no puede quedar sujeta a que un representante de la primera de buena o mala fe pudiera hacer confesiones que van a repercutir en el patrimonio común.” (Morales Molina, Hernando, “La prueba en el Derecho Colombiano”, en: Nuevas orientaciones de la prueba, Sergio Dunlop Rudolffi, Santiago, 1981).

Así, ante la falta de material probatorio que acredite tanto la prestación del servicio por parte de la ESE, como el valor de este durante los primeros 12 días del mes de abril del 2004, la Sala se encuentra ante la imposibilidad de estudiar la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la obligación prestacional de la entidad demandada, de cuya falta de pago se derivaría tal enriquecimiento, no se encuentra demostrada en el proceso.

Lo anterior se evidenció de la siguiente manera: el material allegado al expediente para demostrar la prestación del servicio fue la copia de dos facturas globales y un resumen de valorización, documentos suscritos por la entidad demandante sin el soporte necesario para acreditar obligaciones de naturaleza contractual, tales como los que fueron arrimados al proceso conciliatorio durante el cual se acordó sobre la prestación del servicio de salud por parte de la ESE, durante el mes de julio de 2003. Estos documentos fueron: (i) certificación pre-glosa de la contadora de la ESE sobre concepto prestación de servicios de salud, periodo 1 a 31 de julio de 2003; (ii) oficio VEPS No. 22195 del 24 de octubre de 2006 firmado por el vicepresidente EPS ISS (E.) Doctor ÁLVARO HERNÁN VÉLEZ MILLÁN sobre el estudio y respuesta a la solicitud de pago; (iii) copia auténtica de la certificación emitida por la Gerente Seccional Norte de Santander ISS y del Grupo Interdisciplinario de Auditores sobre el valor de glosas y valor a conciliar, periodo entre 1 a 31 de julio de 2003; (iv) análisis de resultados de la metodología aplicada para la certificación de las valorizaciones presentadas por las ESE realizado por la Secretaría General a nivel nacional del ISS²¹.

Como se ve, la Sala echa de menos en el presente proceso los documentos que sustenten el valor de las facturas globales allegadas para soportar la prestación del servicio de salud, durante los primeros 12 días del mes de abril del 2004, por parte de la ESE Francisco de Paula Santander, sobre las cuales no obra concepto alguno por parte de un profesional en contaduría, como tampoco se acreditó que se hayan realizado las respectivas glosas, ni la correspondiente auditoría sobre las mismas.

²¹ Tomado de la providencia que aprobó el acuerdo conciliatorio: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de octubre del 2009, expediente: 37195, C.P. Enrique Gil Botero.

Finalmente, en gracia de discusión, la Sala aclara que aun en el caso en que se entendiera demostrada la existencia de la prestación del servicio de salud durante el periodo objeto de reclamación en el presente proceso, tampoco se encuentra configurada alguna de las hipótesis previstas por la jurisprudencia para la procedencia de la *actio in rem verso*, pues la parte demandante no alegó que la prestación del servicio sin que mediara contrato se hubiere dado bajo el constreñimiento por parte del Instituto de Seguros Sociales, o luego de que dicha entidad omitiera declarar una situación de urgencia manifiesta²².

Por tanto, como se expuso anteriormente, no podría la Sala declarar el enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, por cuanto no se acreditó en el proceso la configuración de alguna de las situaciones previstas por la jurisprudencia para la procedencia de esta figura.

V. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 19 de septiembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

²² De acuerdo con lo establecido en la sentencia de unificación: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente: 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo.

*Acción de reparación directa – Expediente 36416
Actor: ESE Francisco de Paula Santander
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Confirma fallo de primera instancia – niega las pretensiones*

TERCERO: En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo y expídanse a las partes las copias auténticas con las constancias de las cuales trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCURTH