

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA SU-020 DE 2020

Referencia: expediente T-6.544.419

Acción de tutela interpuesta por Droguerías Electra Limitada en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Magistrados ponentes: Ruth Stella Correa Palacio y Carlos Bernal Pulido

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020)

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política, los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, el artículo 61 de su Reglamento Interno y de acuerdo con lo dispuesto en el auto de febrero 27 de 2018¹ y las decisiones adoptadas en las sesiones de los días 11 de julio de 2018² y 29 de enero de 2020³, la Sala Plena de la Corte Constitucional profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión de noviembre 8 de 2017, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 2 de agosto

¹ Mediante este auto, la Sala de Selección Número Dos –integrada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo– escogió para revisión el expediente de la referencia, con fundamento en el criterio “*Objetivo: necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial*” (fl. 32, cuaderno de revisión). El expediente fue objeto de estudio para selección dada la insistencia del Defensor del Pueblo (fls. 6-17, cuaderno de revisión) y del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez (fl. 4, cuaderno de revisión). De conformidad con el ordinal décimo del auto en cita, la sustanciación le correspondió a la magistrada Cristina Pardo Schlesinger (fl. 35 vto., cuaderno de revisión); sin embargo, dado que le fue aceptado un impedimento para conocer del asunto –por su vínculo de amistad con la consejera ponente en la decisión cuestionada en sede de tutela– (fls. 50-51, 55-56, cuaderno de revisión), aquella le correspondió al magistrado José Fernando Reyes Cuartas (fl. 54, cuaderno de revisión).

² En esta sesión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corte, la Sala Plena asumió el conocimiento del expediente y suspendió los términos procesales (fl. 150, cuaderno de revisión).

³ En esta sesión de la Sala Plena, la ponencia presentada por el magistrado Reyes Cuartas no obtuvo los votos necesarios. En consecuencia, mediante comunicación de febrero 11 de 2020 (fl. 225, cuaderno de revisión), el magistrado Reyes Cuartas envió el expediente al despacho del magistrado Carlos Bernal Pulido para que, en conjunto con la conjuez Ruth Stella Correa Palacio, elaboraran el nuevo texto de la decisión. El expediente ingresó al despacho del magistrado Bernal Pulido el día 17 de febrero de 2020, según consta en el informe secretarial que obra en el folio 224 del cuaderno de revisión. Dado que el sentido de la ponencia debía ser modificado, en sesión de febrero 26 de 2020, la Sala Plena acogió la solicitud presentada por el magistrado Bernal Pulido, en el sentido de conceder el término adicional de 30 días al que se refiere el inciso 2° del artículo 36 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

de 2017, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó la acción de tutela interpuesta por Droguerías Electra Ltda. –en adelante, Droguerías Electra– contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1. Le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2016, en el proceso de reparación directa adelantado por Droguerías Electra Ltda., en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –en adelante, Caprecom– habría incurrido en los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico. Para tales efectos, en el presente apartado de “Antecedentes”, se hace referencia a los hechos probados (epígrafe 1), a las pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela (epígrafe 2), a las intervenciones en el proceso de tutela (epígrafe 3), a las decisiones objeto de revisión (epígrafe 4) y a las actuaciones del magistrado sustanciador en esta sede (epígrafe 5). En particular, dado que el marco interpretativo de las razones que sirven de fundamento a la acción de amparo está delimitado por las decisiones proferidas en el proceso de reparación directa citado, en el epígrafe 1 se describen, en detalle, los fundamentos de las sentencias de primera y segunda instancia –esta última, la providencia que se cuestiona en tutela–.

1. Hechos probados

2. El día 26 de octubre de 1999, Droguerías Electra presentó acción de reparación directa en contra de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– y Caprecom⁴. Solicitó que se declarara que Caprecom se había enriquecido sin justa causa en la ejecución del contrato 031 de marzo 1 de 1996, dado que, presuntamente, habría suministrado medicamentos y elementos médico quirúrgicos que nunca le fueron pagados, a pesar de haber sido requeridos por Caprecom, por un valor \$6.618'630.398,90⁵.

1.1. La sentencia de primera instancia en el proceso de reparación directa

3. Mediante sentencia del 5 de marzo de 2003, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y denegó las pretensiones de la demanda de reparación directa⁶.

⁴ El expediente se identificó con el siguiente número de radicado: 25000-23-26-001-1999-02596-01.

⁵ Según se indica en la acción de tutela, con la suscripción del contrato en cita Droguerías Electra Ltda., “se obligó para con Caprecom a suministrarle periódicamente medicamentos, genéricos y especiales, sin contemplar en este contrato elementos medico-quirurgicos [sic] para los usuarios de Caprecom E.P.S., diferentes del sector de las comunicaciones y al Fondo de Previsión de Notariado en Santafé de Bogotá, hasta por un valor total de \$800'000.000 m/cte. Este contrato se extendió por un año” (fl. 10, cuaderno de tutela).

⁶ Fl. 171, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

4. El Tribunal delimitó la finalidad de la acción así: *“que se declare y reconozca el valor de unos suministros médicos y quirúrgicos que no han sido pagados por la demandada, lo que le ha producido a la firma actora unos perjuicios de carácter especialmente económicos que pretende le sean reconocidos”*⁷. Dada la delimitación del caso, consideró que únicamente Caprecom era la *“entidad llamada a ocupar el extremo pasivo de la relación procesal”*, *“pues el Ministerio de Hacienda [sic] no se enriqueció de ninguna manera en este asunto, no pudiéndole imputarle [sic] la causación del daño reclamado”*⁸.

5. Luego de hacer referencia a los elementos que estructuraban el enriquecimiento sin causa, a partir de la jurisprudencia contenida en la sentencia del 30 de noviembre de 2000, de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁹, y a los hechos probados en el proceso, concluyó:

6. (i) A pesar de que, presuntamente Droguerías Electra habría suministrado *“elementos farmacéuticos, médicos y quirúrgicos a CAPRECOM E.P.S., desde el mes de agosto de 1996, hasta octubre de 1997, sin soporte contractual alguno por un costo total de \$6.582.196.154.07”*¹⁰,

*“las pruebas no son claras ni contundentes para concluir que Caprecom E.P.S. se benefició con el suministro de elementos farmacéuticos, médicos y quirúrgicos, requeridos para atender a sus afiliados y beneficiarios, pues no existe en todo el expediente ningún certificado de prestación efectiva de servicios, así como tampoco una revisión de las cuentas radicadas por la actora, por parte de un grupo de auditoría como correspondería en estos casos, que pudiera disipar la duda acerca de la efectiva entrega de los medicamentos e insumos reclamados, sus precios, y el cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo de las partes”*¹¹.

7. (ii) Esta deficiencia probatoria también se presentó en el trámite de conciliación prejudicial sin que se hubiese subsanado, *“pues las cuentas que se reclaman se echan de menos en el presente asunto, toda vez que las facturas relacionadas, con sus correspondientes constancias de recibido, aceptado y efectivamente cumplidas, no fueron allegadas a este proceso”*¹².

8. (iii) Dado que la mayor parte de valores reclamados correspondían a presuntos suministros a favor de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas, *“al expediente no se allegó ninguna prueba que acredite que dicha entidad efectivamente haya recibido medicamentos, elementos farmacéuticos y médicos [...] ni existe en este caso tampoco ningún certificado o informe de auditoría [sic] que acredite la real entrega y recibo de dichos elementos”*¹³.

⁷ Fl. 161, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁸ Fl. 162, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁹ Tales requisitos, según indicó, eran: (i) enriquecimiento; (ii) empobrecimiento correlativo injusto y (iii) ausencia de otra acción –diferente a la *actio in rem verso*– para reclamar las acreencias. En todo caso, precisó que esta última no era procedente si con ella se pretendía *“soslayar una disposición imperativa de la ley”*. Fl. 167, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁰ Fl. 169, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹¹ Ibid.

¹² Fls. 169-170, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹³ Fl. 170, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

9. (iv) Finalmente, a partir de la aplicación de una regla de la experiencia precisó:

“para esta Sala resulta poco probable que una sociedad comercial como la aquí actora, suscriba un contrato de suministro por un valor de ochocientos millones de pesos, y poco [sic] meses después (5 meses aproximadamente), el monto contratado se desborde en una suma superior a los cincuenta millones de pesos, y no obstante lo anterior, siga suministrando a la firma demandada, a sus beneficiarios, dependientes y a un centro clínico filial de Caprecom, medicamentos y productos farmacéuticos en aproximadamente un periodo de un año, por una suma que excede los seis mil millones de pesos, cuando la práctica [sic] comercial usual indica que cualquier proveedor, con el interés de preservar sus intereses patrimoniales, suspendería cualquier suministro en caso de incumplimiento y falta de pago de sumas cuantiosas, máxime cuando el mismo ni siquiera está respaldado en un acto administrativo o contrato”¹⁴.

1.2. La apelación de la sentencia de primera instancia en el proceso de reparación directa

10. El 13 de junio de 2003, Droguerías Electra apeló la providencia de instancia. Consideró que el Tribunal había desconocido varios medios de prueba que demostraban el suministro de elementos y medicamentos por su parte y a favor de Caprecom, además de que se había fundamentado en una referencia general a los mismos y no a un estudio individual suyo. De otra parte, censuró la postura procesal de Caprecom, al indicar que no le constaba el suministro de medicamentos, a pesar de que había certificado su recepción entre los meses de agosto de 1996 y octubre de 1997.

1.3. La sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa (objeto de la acción de tutela)

11. En sentencia de 31 de mayo de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado —en adelante el Consejo de Estado— revocó de manera parcial la sentencia impugnada. De un lado, consideró que Caprecom había incumplido de manera parcial el contrato suscrito con Droguerías Electra al encontrar acreditado que no había pagado cinco facturas presentadas de manera oportuna por esta última; en consecuencia, condenó a la entidad estatal a pagar a favor de la empresa demandante la suma de \$21'026,643, además de los intereses moratorios causados¹⁵. De otro lado, negó la pretensión de enriquecimiento sin causa¹⁶.

¹⁴ Fl. 170, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁵ Fl. 913 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa. En el apartado relativo a la “liquidación de perjuicios”, se indicó: “La Sala ordenara [sic] el pago de las facturas radicadas hasta los meses de octubre y noviembre del año 1996, en cuanto se trata de la prestación de servicios en el marco del convenio, más la actualización correspondiente con los índices de precios al consumidor. Adicionalmente, la entidad deberá cancelar los intereses moratorios previstos en el numeral 8º artículo 4o de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, en cuanto las partes resolvieron someter el contrato a dicha disposición normativa, por lo que para los efectos de su liquidación, se aplicará el 12 % anual sobre el valor histórico actualizado año a año” (fls. 912-912 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa).

¹⁶ Fl. 913 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

12. En los términos en que fue planteado por el Consejo de Estado, el objeto de la decisión fue el siguiente:

“Corresponde a la Sala resolver sobre las pretensiones de restablecimiento de equilibrio patrimonial, dado el enriquecimiento sin causa en provecho de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES, CAPRECOM, por el suministro de medicamentos y elementos médico quirúrgicos efectuados por DROGUERÍAS ELECTRA LIMITADA, entre agosto de 1996 y octubre de 1997. || Para el efecto, la Sala previamente deberá establecer la obligación pendiente a solventar por el suministro de medicamentos en el marco contractual y determinar su exigibilidad, para luego resolver con fundamento en la jurisprudencia unificada de la Sección sobre la corrección del desequilibrio probado”¹⁷.

13. Para decidir acerca de las pretensiones de la acción, el Consejo de Estado hizo referencia a los “*hechos probados*” (título 3), al “*régimen legal aplicable*” del contrato suscrito entre Droguerías Electra y Caprecom (título 4¹⁸), a la “*acción procedente*” (título 5¹⁹), al “*incumplimiento del contrato*” (título 6²⁰), al “*enriquecimiento sin causa*”²¹ (título 8 [sic]²²) y a la “*liquidación de perjuicios*” (título 9 [sic]²³).

14. En cuanto a los “*hechos probados*” (título 3), precisó que serían “*valoradas las pruebas incorporadas por las partes en las oportunidades procesales, en cuanto cumplen los requisitos legales. La misma suerte correrán las copias que ambas partes conocieron y valoraron sin que fueran objetadas en oportunidad*”²⁴. En este apartado hizo referencia a ciertas cláusulas del contrato 031 de marzo 1 de 1996, suscrito entre Caprecom y Droguerías Electra²⁵; al presunto plazo para el inicio del cumplimiento de las obligaciones²⁶; a un conjunto de comunicaciones cruzadas entre las partes durante el plazo de ejecución y con posterioridad a este; a algunas certificaciones expedidas por servidores de Caprecom y de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas; a un acta de preacuerdo suscrita entre las partes; a una constancia en la diligencia de conciliación prejudicial 149-97 de diciembre 9 de 1997; a un aparte del acta de conciliación prejudicial 001-98 de enero 16 de 1998; al auto de febrero 12 de 1998, mediante el cual la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca improbo la conciliación prejudicial y al auto de 22 de octubre de 1998 mediante el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado lo confirmó; al contenido de 80 cajas, “*contentivas de los*

¹⁷ Fl. 896, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁸ Fl. 904, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁹ Fl. 906, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²⁰ Fl. 907, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²¹ Fl. 908 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²² Por un error en la numeración, el Consejo de Estado no incluyó un título 7.

²³ Fls. 912-912 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²⁴ Fl. 896, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²⁵ En particular, hizo referencia a las siguientes cláusulas: “*bases legales*”, “*objeto*”, “*obligaciones del contratista*”, “*requisitos que deben llenar las fórmulas que despache el contratista*”, “*valor total del contrato*” y “*duración*”.

²⁶ El Consejo de Estado advirtió que este no era posible determinarlo con precisión, dado que no se había aportado la póliza de garantía del contrato.

*originales de las fórmulas médicas despachadas y debidamente autorizadas por CAPRECOM E.P.S., así como de las facturas presentadas por Droguerías Electra Limitada a la Clínica Fray Bartolomé y a CAPRECOM expedidas entre el 11 de julio de 1996 y el 31 de octubre de 1997*²⁷; al informe de auditoría hecho a las citadas fórmulas y facturas realizado por el Grupo Funcional de Cuentas de Caprecom; a la relación de facturas de los medicamentos suministrados a Caprecom-Clínica Fray Bartolomé de las Casas y a usuarios generales de Caprecom, elaborado por la Auxiliar de Cartera de Droguerías Electra; al contenido de algunas facturas en particular y a recibos de pago de Caprecom a favor de Droguerías Electra. Finalmente, el Consejo de Estado precisó:

“Se pone de presente que la facturación incorporada en segunda instancia, salvo contadas excepciones, tiene que ver con el suministro de medicamentos entre el 1º de enero y el 31 de octubre de 1997, esto es por fuera del límite temporal del contrato”²⁸.

15. En el acápite de *“régimen legal aplicable”* (título 4), realizó las siguientes precisiones, fundamentales para la resolución del caso. En primer lugar, que el contrato *“se encontraba gobernado por las reglas del derecho privado, al margen de que las partes convinieron, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, someterlo a las previsiones de la Ley 80 de 1993, hasta su terminación”*²⁹. En segundo lugar, que a pesar de la sujeción al régimen privado, el contrato debía observar el *“cumplimiento de los principios y fines constitucionales”*³⁰, *“sin que ello justifique el desconocimiento e inaplicación de los principios que gobiernan la función administrativa y la gestión fiscal, contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, por lo que, en estos casos, al margen de su naturaleza consensual, su eficacia de cara a las normas presupuestales, exige que los contratos sujetos al régimen privado, consten por escrito”*³¹. En tercer lugar, al caracterizar el contrato, indicó:

“Ahora, en lo que tiene que ver con el tipo de contrato y la naturaleza de la prestación, se conoce que tuvo por objeto el suministro de medicamentos genéricos y específicos y elementos médico quirúrgicos necesarios para la prestación de los servicios de salud, esto es se trataba de garantizar la entrega periódica de medicamentos a los usuarios de CAPRECOM. En cuanto a la contraprestación, se acordó precio unitario de los bienes y servicios, según el comportamiento del mercado. De modo que el objeto no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención, valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad”³².

16. En relación con esta última idea, se resalta, para el Consejo de Estado el contrato suscrito entre Caprecom y Droguerías Electra *“no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención,*

²⁷ Fls. 900-900 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²⁸ Fl. 904, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Fl. 905, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

³² Fl. 905 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad”³³.

17. Al valorar la “acción procedente” (título 5), y en aplicación del principio *iura novit curia*, el Consejo de Estado consideró necesario diferenciar las prestaciones satisfechas en dos periodos: de un lado, “i) *el incumplimiento del contrato, en lo que concierne al suministro de medicamentos o elementos médico quirúrgicos, dentro del límite temporal convenido en el aludido contrato n.º 031 de 1º de marzo de 1996 y en el acta de 26 de agosto del mismo año*”³⁴ y, de otro, “ii) *el suministro de medicamentos más allá del límite temporal*”³⁵. A partir de esta distinción, en el título 6, relativo al “*incumplimiento del contrato*”, valoró el primer periodo; en el título 8 (sic), relativo al “*enriquecimiento sin causa*”, valoró el segundo.

18. En relación con el primer periodo, en el citado título 6, precisó que “*los cobros solicitados por DROGUERÍAS ELECTRA LTDA, al amparo del contrato, debían limitarse a las facturas radicadas por el suministro de los medicamentos hechos a CAPRECOM en la Clínica Fray Bartolomé de las Casas o directamente hasta el 26 de octubre de 1996 y un mes más para su radicación y pago*”³⁶. En consecuencia, de un lado, al constatar que hubo algunas “*facturas impagadas, relacionadas, auditadas y probadas*” dentro del plazo del contrato y el del periodo para su radicación y pago, su costo debía ser reconocido y actualizado “*con el índice de precios al consumidor, pues no hay una anotación sobre su cancelación específica*”³⁷. En todo caso, precisó que, “*la entidad contratante estuvo presta a satisfacer en buena medida sus deberes contractuales, relacionados con el pago del precio del contrato*”³⁸. De otro lado, en relación con los demás suministros realizados, esto es, “*más allá de su vencimiento*”, concluyó que, “*no tenían que ver con las prestaciones acordadas al amparo del convenio*”³⁹. Al ser esto último así, precisó:

“La Sala encuentra que un alto porcentaje de las facturas traídas al proceso, corresponden al suministro de medicamentos más allá del límite temporal, previsto en el contrato y en el convenio del 26 de agosto de 1996. En ese orden, solo procede reconocer los medicamentos suministrados y no pagados durante

³³ Ibid.

³⁴ Fl. 906, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

³⁵ Ibid. Para fundamentar esta distinción, a partir de lo señalado en la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, precisó: “*la autonomía de la actio in rem verso es más de carácter sustancial que procedimental, por lo que en el marco de la acción de reparación directa puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y así mismo lograr que se solvente la controversia contractual demostrada*” (fl. 906, cuaderno principal del proceso de reparación directa). Indicó, además, que la citada jurisprudencia de unificación se había apartado de la postura jurisprudencial tradicional de la Sección Tercera, “*en el tema del enriquecimiento sin causa como fuente obligacional, aunque subsidiaria y autónoma*” (Ibid.).

³⁶ Fl. 907 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

³⁷ Fl. 908 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

³⁸ Ibid. Esta idea es luego desarrollada por el Consejo de Estado al indicar que, no obstante que el valor inicial del contrato había sido de \$800'000,000, “*CAPRECOM por el suministro de medicamentos en el marco del contrato y más allá del límite convenido canceló a DROGUERÍAS ELECTRA LTDA la suma de \$ 4.185.530.576,00*” (fl. 912, cuaderno principal del proceso de reparación directa).

³⁹ Fl. 908, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

el término de ejecución y treinta días más, en cuanto se trata de obligaciones insatisfechas al amparo del contrato”⁴⁰.

19. En relación con el segundo periodo al que se hizo referencia *supra*, el estudio contenido en el título 8 (sic), “*el enriquecimiento sin causa*”, se circunscribió a determinar si era procedente el reconocimiento y pago de los suministros realizados por Droguerías Electra a favor de Caprecom por fuera del plazo del contrato. Para valorar su procedencia, indicó que seguiría la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012⁴¹. A partir de esta indicó, de un lado, que, aunque la Sala Plena de la Sección “*admitió algunas hipótesis en las que resulta procedente el ejercicio de la actio in rem verso, al margen de la actividad contractual de la administración, se exigió razones de interés público o general*”⁴². Y, de otro, que, por tal exigencia, “*la Sección, condicionó, igualmente, el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa a i) que la entidad pública constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones; ii) cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud y iii) en los que sea imperativa la declaratoria de urgencia manifiesta*”⁴³. Luego, *in extenso*, hizo referencia a los fundamentos de la citada decisión de unificación.

20. Al aplicar los parámetros de la sentencia de unificación al caso en concreto, concluyó que, “*el suministro de los medicamentos y elementos médico quirúrgicos por fuera del marco contractual no se subsume en ninguna de las hipótesis consideradas por la Sección*”⁴⁴. En relación con todas ellas, indicó:

“DROGUERÍAS ELECTRA LTDA no demostró que la prestadora de salud la constriñó para que continuara con el suministro de medicamentos, por lo que la única solicitud que en tal sentido le hizo el Subdirector Médico de Caprecom el 10 de agosto de 1997, no comporta una presión sino una persuasión, en cuanto no existe otro requerimiento que permita arribar a esa conclusión. Al tiempo, no probó que [sic] condiciones de urgencia exigían la entrega de medicamentos, de modo que las entregas realizadas por fuera del contrato no devienen en exigibles y así se resolverá. Lo anterior, en cuanto i) las partes se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato y no lo hicieron, máxime si el suministro de los medicamentos se hizo por un año más, sin respaldo contractual, eludiendo la formalidad escrita y reduciendo el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal, con pleno desconocimiento de los principios que informan las actuaciones administrativas, especialmente los relacionados con la transparencia y publicidad de la conducta, pues no puede pasarse por alto que CAPRECOM, en cuanto Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional hace parte de la estructura de la administración pública y ii) no está demostrada la necesidad del servicio por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

⁴² Fl. 909, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Fl. 911, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

el suministro por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud. || Además, el suministro de medicamentos tampoco obedece a una situación de urgencia manifiesta, caso en el cual le correspondía a la administración declararla mediante acto motivado, pues, cuando la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, no se configura dicha fuente de las obligaciones, pues lo que se observa es que las partes, conscientes de la situación, deliberadamente omitieron suscribir el contrato debiendo hacerlo, pasando por alto los principios que gobiernan las actuaciones administrativas”⁴⁵.

21. En consecuencia, dado que el asunto no se subsumía en ninguna de las hipótesis previstas por la jurisprudencia de unificación, lo procedente era revocar parcialmente la decisión, y aclaró:

“pero solo para declarar el incumplimiento parcial del contrato y limitar su reconocimiento al pago de las facturas relacionadas con el suministro de los medicamentos hasta el 26 de octubre de 1996 y un mes más, como quedó expuesto o aquellas en que está acreditado el suministro de medicamentos en el mismo periodo, así la facturación sea posterior”⁴⁶.

22. Finalmente, precisó que dicha declaratoria no desconocía el hecho de que Caprecom había cumplido *“en alto porcentaje su obligación contractual relativa al pago del precio, incluso más allá del límite temporal, conforme dan cuenta los recibos de pago que obran en el plenario”*⁴⁷, a partir de los cuales concluyó que, no obstante que el valor inicial del contrato había sido de \$800’000,000, *“CAPRECOM por el suministro de medicamentos en el marco del contrato y más allá del límite convenido canceló a DROGUERÍAS ELECTRA LTDA la suma de \$ 4.185.530.576,00”*⁴⁸.

2. Pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela

23. Mediante escrito de 10 de marzo de 2017, Droguerías Electra presentó acción de tutela en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado al considerar que la sentencia del 31 de mayo de 2016 adolecía de los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

2.1. El presunto defecto por violación directa de la Constitución

24. Fundamentó este en la siguiente tesis:

“En el presente caso, se afectan tanto el debido proceso como la seguridad jurídica, cuando el Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, aplica de forma retroactiva las reglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, para el reconocimiento del enriquecimiento sin causa, aplicadas a una demanda

⁴⁵ Fls. 911-911vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁴⁶ Fl. 911 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁴⁷ Fls. 911 vto.-912, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

⁴⁸ Fl. 912, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

interpuesta en octubre de 1999, por hechos ocurridos entre agosto de 1996 y octubre de 1997”⁴⁹.

25. Para el accionante, dado que los hechos que dieron fundamento a la demanda de reparación directa ocurrieron entre 1996 y 1997, y la demanda fue presentada en octubre de 1999, “*el régimen jurídico vigente en ese momento, relativo al enriquecimiento sin causa, se encontraba en las reglas jurisprudenciales del Consejo de Estado de esa época*”⁵⁰. Y, según estas, “*resultaba procedente que se condenara a Caprecom a restituir ese indebido acrecimiento patrimonial [...] pues como ya se mencionó, el Consejo de Estado entendía que la administración tenía la obligación de pagar las obligaciones ejecutadas con asentimiento de su parte, sin que pudiera alegar el hecho de no haber celebrado un contrato solemne*”⁵¹.

26. Además, consideró que se había desconocido su derecho a la igualdad, “*puesto que a diversos sujetos en las mismas condiciones en las que se encuentra mi representada, y en la época de los hechos y presentación de la demanda, se les reconoció, considerando la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la indemnización surgida por la configuración del enriquecimiento sin causa, y recibieron el pago de las prestaciones que fueron ejecutadas*”⁵². En particular, hizo referencia a apartados de las siguientes 3 sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 6 de septiembre de 1991, de 8 de mayo de 1995 y de 29 de enero de 1998.

2.2. El presunto defecto material o sustantivo

27. Fundamentó este en la siguiente tesis principal, análoga a la propuesta para derivar el presunto defecto por violación directa de la Constitución:

“Hay defecto sustantivo por el hecho de aplicar retroactivamente una interpretación judicial surgida en el año 2012, a un conflicto jurídico cuyos hechos ocurrieron entre los años 1996 y 1997, y cuya demanda se presentó en 1999. De forma que en la sentencia se aplica erróneamente la interpretación de una norma jurídica, atentando contra los intereses legítimos de mi representada, intereses que fueron ya analizados en el acápite anterior [hace referencia a las razones que propuso para fundamentar el defecto por violación directa de la Constitución]”⁵³.

28. De manera subsidiaria, consideró que se configuraba el citado defecto (material o sustantivo), ya que de haberse considerado aplicable “*la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012*”, se habría configurado “*una de las causales de procedencia para el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa*”, “*cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza*

⁴⁹ Fl. 22, cuaderno de tutela.

⁵⁰ Fl. 23, cuaderno de tutela.

⁵¹ Ibid.

⁵² Fl. 25, cuaderno de tutela.

⁵³ Fl. 27, cuaderno de tutela.

o *lesión inminente e irreversible al derecho a la salud*”⁵⁴. Según indicó el accionante,

“[...] contra toda lógica y por medio de una simple afirmación, sin fundamento probatorio, considera que el suministro de medicamentos al interior de un hospital, no constituye la prestación de un servicio de salud, ignorando que el suministro de medicamentos se hizo por mi representada al interior de la clínica Fray Bartolomé de las Casas, medicamentos que constituyen una necesidad esencial para la prestación del servicio de salud, lo cual guarda relación directa con la atención de los pacientes, como resulta del memorando de 10 de agosto de 1997 donde el Subdirector Médico de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas solicitó a Droguerías Electra que *‘que no sea cerrado por parte de ustedes el despacho de drogas intrahospitalarias (urgencias y hospitalizaciones), ya que con esto se desestabilizaría la recuperación de los pacientes’* [...]”⁵⁵.

29. También indicó que se habría configurado otra de las *“circunstancias de procedencia de la indemnización por enriquecimiento sin justa causa, cuando se prueba que la entidad estatal constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones”*⁵⁶, así:

“En el caso concreto, debe recordarse que, primero, en oficio de 25 de julio de 1997 la Subdirectora Jurídica de Caprecom solicitó a Droguerías Electra que continuara con el suministro de medicamentos mientras se conseguían los recursos, de tal manera que se pidió *‘nos apoyen con la tranquilidad y la paciencia que amerita la situación’* [...] Además, el constreñimiento –y de paso el carácter intrahospitalario de los medicamentos– quedó claro en el citado memorando de 10 de agosto de 1997 [del] Subdirector Médico de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas”⁵⁷.

2.3. El presunto defecto fáctico

30. Indicó que este se habría configurado dado que el Consejo de Estado omitió valorar los siguientes medios de prueba: (i) las solicitudes en las que Caprecom le pidió no suspender *“los despachos de medicamentos”* para *“evitar el riesgo”* de afectación de los servicios intrahospitalarios⁵⁸. (ii) Las certificaciones que expidió el Director General de Caprecom, que daban cuenta del *“suministro periódico de medicamentos y elementos médico quirúrgicos por parte de mi representada, tanto a Caprecom como a su dependencia, la Clínica Fray Bartolomé de las Casas”*⁵⁹. (iii) *“El Acta de Preacuerdo No. 0307 de 2 de diciembre de 1997, dentro del proceso conciliatorio que se adelantó ante la Procuraduría Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca”*, que daba cuenta del *“suministro de los medicamentos y elementos médico quirúrgicos, y sobre la consiguiente obligación de pago insoluble”*⁶⁰. (iv) *“La aceptación expresa de Caprecom, mediante certificación que expidió el 26 de*

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Fl. 29, cuaderno de tutela.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

mayo de 1999, de que el valor de los medicamentos suministrados y no pagados era de \$6.582'196.154,07"⁶¹. (v) “La solicitud conjunta de trámite de conciliación de 17 de agosto de 1999 [...] en donde las partes manifestaron que no había diferencia alguna sobre la suma adeudada, la cual en la mencionada solicitud se refirió que ascendía a \$6.582'196.154”⁶². Señaló que en caso de que el Consejo de Estado los hubiese valorado, habría debido concluir que, “Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones”⁶³.

31. Como consecuencia de la presunta configuración de estos defectos, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad y, en consecuencia,

“se revoque o deje sin efectos parcialmente la sentencia de 31 de mayo de 2016 [...] y en su lugar, se reconozca que Caprecom se enriqueció sin justa causa, a costa de la sociedad Droguerías Electra, y por consiguiente, se condene a Caprecom y a la Nación–Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagarle a mi representada la suma equivalente al empobrecimiento de su patrimonio, correspondiente al valor de los medicamentos que le suministró y ésta no le pagó”⁶⁴.

3. Intervenciones en el proceso de tutela

32. Mediante auto de 4 de abril de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y vinculó a los cesionarios de derechos litigiosos de Droguerías Electra y como terceros con interés a Caprecom y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁶⁵. La parte demandada y los terceros con interés intervinieron en el proceso de tutela en los siguientes términos:

3.1. Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

33. La consejera ponente en la providencia censurada solicitó negar la acción de tutela, dado que “carecen de fundamento los defectos que la actora endilga a la sentencia impugnada”⁶⁶, por las siguientes razones:

34. (i) La decisión de negar las pretensiones se fundamentó en el hecho de que “la actora no acreditó que el suministro cuyo pago reclama se acompañase con los criterios jurisprudenciales unificados, en lo relativo al reconocimiento de la compensación por servicios prestados al margen del contrato estatal”⁶⁷.

⁶¹Ibid.

⁶²Ibid.

⁶³ Fl. 30, cuaderno de tutela.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Fl. 100, cuaderno de tutela.

⁶⁶ Fl. 138 vto., cuaderno de tutela.

⁶⁷ Fl. 136 vto., cuaderno de tutela. En otros términos, para la interviniente, “[...] la decisión de negar las pretensiones de compensación tuvo que ver con la falta de prueba de que el suministro cuyo pago reclama se enmarca en los criterios unificados en torno al reconocimiento de los servicios prestados al margen del contrato y no con el desconocimiento del derecho a reclamar por el mismo” (fl. 138, cuaderno de tutela).

35. (ii) No le era dable a la Subsección apartarse del criterio de unificación, dado que en dicha providencia se señaló que los criterios *“sobre el enriquecimiento sin causa aplican a los procesos pendientes de decisión, al margen de la jurisprudencia imperante al tiempo de ocurrencia de los hechos y prestación de la demanda”*⁶⁸.

36. (iii) *“El ordenamiento no impone a las decisiones judiciales los mismos límites de la irretroactividad con los mismos alcances previstos para las ‘leyes posteriores’. || Ello es así, en esencia, porque mientras las leyes establecen con carácter general, a partir de su vigencia, los hechos y requisitos con arreglo a los que se adquieren, ejercen, conservan o pierden los derechos, las sentencias deciden en cada caso concreto sobre la adquisición, extinción, pérdida, protección o cesación de efectos del derecho, incluso con efectos retroactivos, cuando ello es posible y la protección del interés superior así lo demanda”*⁶⁹.

37. (iv) Los precedentes judiciales no garantizan derechos adquiridos *per se*, salvo *“aquellos que se declararon o constituyeron en favor de las personas respecto de las que produce sus efectos la sentencia invocada”*⁷⁰. Por tanto,

“Si, como lo tiene establecido unánimemente la Corporación, la sentencia condenatoria que decide la reparación es de naturaleza constitutiva, no es dable el entendimiento en el sentido de que antes de esa decisión se tenga el derecho adquirido o la situación jurídica consolidada sobre la reparación o compensación”⁷¹.

38. (v) Finalmente,

“La valoración de los elementos probatorios que la tutelante echa de menos, para fundar el defecto fáctico, está contenida en la sentencia impugnada. Misma que permite sostener, sin dudas, que la actora no acreditó que el suministro de medicamentos cuyo pago reclama, se enmarca en los criterios jurisprudenciales unificados en lo relativo al reconocimiento de ese tipo de servicios prestados al margen del contrato”⁷².

3.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

39. Indicó que le eran ajenas las reclamaciones que pretendía Droguerías Electra, dado que en el proceso de reparación directa tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado declararon probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el citado ministerio⁷³. Además, indicó que no había sido accionada en el proceso de tutela como tampoco le era exigible la garantía de los derechos fundamentales incoados por

⁶⁸ Fl. 136 vto., cuaderno de tutela.

⁶⁹ Fl. 137 cuaderno de tutela.

⁷⁰ Fl. 137 vto., cuaderno de tutela.

⁷¹ Fl. 137 vto.-138 cuaderno de tutela.

⁷² Fl. 138 vto., cuaderno de tutela.

⁷³ Fl. 140, cuaderno de tutela.

el accionante, dado que su presunta vulneración habría tenido como causa la sentencia censurada y no una actuación suya⁷⁴.

40. En todo caso, indicó, además, que la acción era improcedente por las siguientes razones: (i) la tutela pretende *“acceder a una instancia extraproceso con miras a vulnerar la estabilidad jurídica de la cual debe gozar todo Estado Social de Derecho”*⁷⁵; (ii) no se cumple el requisito de subsidiariedad, dado que el accionante *“pudo solicitar la aclaración, complementación o corrección de la sentencia u [sic] en su defecto acudir el [sic] recurso extraordinario de revisión”*⁷⁶; (iii) la acción no satisface la exigencia de inmediatez, pues esta se interpuso *“más nueve meses”* después de que se profirió la sentencia cuestionada, *“y es de recordar que por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado ha determinado que sea de seis meses”*⁷⁷.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Sentencia de tutela de primera instancia

41. En sentencia del 2 de agosto de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la tutela.

42. Luego de hacer referencia a las razones que fundamentaron las decisiones del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado, en el proceso de reparación directa, consideró que no se configuraba algún defecto que hiciera procedente la acción de tutela en contra de la providencia proferida por el Consejo de Estado.

43. En primer lugar, indicó que *“la autoridad judicial demanda valoró las pruebas aportadas al proceso y conforme a las normas y la jurisprudencia aplicables en este caso”*; además, *“hizo una interpretación razonable para tomar la decisión que aquí se cuestiona”*⁷⁸.

44. En segundo lugar, precisó que *“la actora no logró demostrar los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, como eran que, Caprecom hubiera constreñido a Droguerías Electra para que continuara con el suministro, que existieran condiciones de urgencia que obligaran a la continuidad del servicio y, tampoco se probó que fuera necesaria la prestación porque se encontraba en riesgo el derecho a la salud”*⁷⁹.

45. En tercer lugar, indicó que *“Tampoco se incurrió en defecto sustantivo ni en violación del debido proceso y del derecho a la seguridad jurídica por cuanto la Sección Tercera estaba obligada a aplicar su precedente por tratarse de una sentencia de unificación de esa misma Sección, esto es, del órgano de*

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Fl. 142 vto., cuaderno de tutela.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Fl. 143, cuaderno de tutela.

⁷⁸ Fl. 262 vto., cuaderno de tutela.

⁷⁹ Ibid.

cierre, que fijó el criterio que debía tenerse en cuenta al momento de dictar la sentencia”⁸⁰. En relación con esta última razón, agregó que la Subsección,

“resolvió el asunto conforme a la sentencia de unificación sobre la materia que era el precedente obligatorio, por ser el aplicable al caso concreto y estaba vigente para la fecha en que se profirió la sentencia cuestionada, más allá de que los hechos hubieran ocurrido con anterioridad, pues correspondía al juez de instancia aplicar el precedente vigente, con el fin de que no se desconozcan el debido proceso y la seguridad jurídica”⁸¹.

46. Finalmente, indicó que la pretensión de la parte actora es *“que el juez constitucional estudie nuevamente los argumentos y pruebas que analizó el juez natural, lo cual no es objeto de la acción de tutela”*⁸².

4.2. Impugnación

47. Droguerías Electra impugnó la sentencia de tutela instancia y solicitó su revocatoria. Indicó que esta vulneraba *“el principio de seguridad jurídica que supone que las relaciones jurídicas se regirán por las normas que se encuentran vigentes al momento de éstas configurarse, y el principio de irretroactividad de la ley, según el cual, las normas se aplican hacia el futuro, es decir, a situaciones de hecho ocurridos con posterioridad a su publicación”*⁸³. Además, precisó que la decisión de instancia daba *“prevalencia a lo formal, dejando de lado el derecho sustancial que le asiste a Droguerías Electra, que actuó con la confianza legítima de que las reglas jurisprudenciales vigentes en el momento de los hechos, permitirían el reconocimiento del valor de los medicamentos que se estaban suministrando a Caprecom”*⁸⁴.

4.3. Sentencia de tutela de segunda instancia

48. Luego de sanear el trámite de tutela⁸⁵, en sentencia del 8 de noviembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó la solicitud de

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Fls. 262 vto.- 263, cuaderno de tutela.

⁸² Fl. 263, cuaderno de tutela.

⁸³ Fl. 299, cuaderno de tutela.

⁸⁴ Fl. 300, cuaderno de tutela.

⁸⁵ Fls. 343-344, cuaderno de tutela. Se saneó el proceso dado que no se vinculó a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –juez de primera instancia en el proceso de reparación directa– y hubo un presunto error en la comunicación del auto admisorio a Caprecom, pues esta debió hacerse a Fiduciaria La Previsora S.A., administradora del patrimonio autónomo de remanentes de Caprecom. En su intervención inicial, esta última entidad solicitó al Consejo de Estado se abstuviera de emitir decisión alguna en su contra, dado que no era continuadora del proceso liquidatorio de Caprecom EICE Liquidado, ni sucesora procesal o subrogataria de la misma, dado que el cierre del proceso liquidatorio de Caprecom *“se produjo el 27 de enero de 2017, y como consecuencia de ello, tuvo lugar la extinción de la entidad, previa suscripción del Acta Final de Liquidación y su publicación en el Diario Oficial No. 50.129 del 27 de Enero [sic] de 2017, razón por la cual, a partir del 28 de Enero [sic] de 2017, la entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones”* (fl. 382 vto., cuaderno de tutela). Precisó, además, que la Coordinación Jurídica del P.A.R. Caprecom Liquidado informó que *“una vez verificados los archivos entregados por la extinta Entidad y los aquí designados, se evidencia que no existe reclamación ni oportuna ni extemporánea a nombre de la sociedad DROGUERÍAS ELECTRA LIMITADA EN REESTRUCTURACIÓN; es decir no hizo uso del trámite especial destinado a reconocer y pagar las acreencias adeudadas por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN (Hoy Liquidado)”* (fl. 382, cuaderno de tutela).

desvinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸⁶ y confirmó la decisión de la Sección Cuarta por las siguientes razones:

49. En primer lugar, ante la inexistencia de una *“posición pacífica al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en relación con el enriquecimiento sin causa”*, *“no merece reproche alguno por parte del juez constitucional”* que la autoridad judicial demandada hubiese aplicado el criterio de unificación contenido en la sentencia de noviembre 19 de 2012, dado que,

“como bien lo ha aceptado la Corte Constitucional^[87] y esta Sala de Decisión^[88], los criterios expuestos en una sentencia de unificación son de aplicación inmediata respecto de los operadores judiciales, aspecto que además, [sic] es fiel reflejo de la autonomía e independencia que caracteriza la función jurisdiccional”⁸⁹.

50. En segundo lugar, indicó:

“Al estudiar el contenido de la sentencia de unificación a que se ha hecho referencia, se precisó que dicha postura ya venía siendo considerada por la jurisdicción, razón por la cual, su adopción como criterio unificado, en realidad no correspondió a un cambio intempestivo o repentino respecto de la interpretación de la norma y sus efectos, por lo que resultaba probable, que incluso sin la sentencia de unificación, el caso de la sociedad Droguerías Electra Ltda –en reestructuración– hubiere podido ser fallado bajo dicha óptica”⁹⁰.

51. Finalmente, precisó lo siguiente:

“de pensarse que era procedente la aplicación de la tesis vigente al momento de la presentación de la demanda [...] no se demostraron por parte de Droguerías Electra Limitada –en reestructuración– los elementos para que procediera la indemnización bajo dicha figura, pues como lo estableció la primera instancia del proceso ordinario, los elementos de convicción aportados no evidenciaron la prestación efectiva de un servicio a favor de CAPRECOM. En esa medida, independiente de la tesis aplicada por el fallador de instancia, la decisión de negar las pretensiones de la demanda serían las mismas, toda vez que la falencia probatoria se mantendría”⁹¹.

⁸⁶ Consideró que no era procedente, *“en la medida en que la vinculación de la referida cartera ministerial, obedeció al interés que le asiste en la presente actuación, al haber sido demandada dentro de la actuación ordinaria en que se originó la providencia hoy cuestionada”* (fl. 401, cuaderno de tutela).

⁸⁷ Hizo referencia a las consideraciones contenidas en la sentencia SU-406 de 2016.

⁸⁸ Hizo referencia al contenido de la sentencia de noviembre 26 de 2015, objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-406 de 2016, a partir del cual resaltó: *“[...] en dicha oportunidad, la Sala de Sección resaltó que no resultaba desproporcionada la aplicación de la jurisprudencia vigente al momento de fallar un asunto, en tanto (i) de forma previa se evidenció que no existía una posición unificada pacífica al interior de la jurisdicción respecto de un punto de derecho en particular y (ii) al tratarse de una providencia de unificación, resultaba razonable que el juez natural de la causa, [sic] acogiese las consideraciones planteadas en la misma por la Corporación de cierre en la materia, ello sin consideración a la fecha en que ocurrieron los hechos que sustentaron la demanda”* (fl. 402, cuaderno de tutela).

⁸⁹ Fl. 404 vto., cuaderno de tutela.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Fl. 405, cuaderno de tutela.

5. Actuaciones en sede de revisión

52. Mediante escrito de abril 11 de 2018, Droguerías Electra solicitó se revocara la sentencia de segunda instancia, proferida en sede de tutela⁹².

53. Mediante auto del 27 de junio de 2018, el magistrado sustanciador solicitó a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que remitiera, en calidad de préstamo, el expediente del proceso No. 1999-2596, *“correspondiente a la acción de reparación directa que presentó Droguerías Electra Limitada contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”*⁹³. Igualmente, ordenó que una vez fuesen recibidas las pruebas, se pusieran a disposición de las partes o terceros con interés por el término de 3 días.

54. En cumplimiento del auto anterior, mediante oficio del 3 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente⁹⁴.

55. En el término de traslado del auto en cita, Droguerías Electra indicó lo siguiente:

“Revisada la documentación puesta a disposición por la Secretaría, NO se encuentran las 80 cajas con las facturas aportadas por CAPRECOM que dan cuenta de los suministros realizado [sic] por Droguerías Electra Ltda. Como una de las consideraciones de los jueces que han conocido del proceso ha sido la falta o deficiencia de pruebas que demuestren los suministros reclamados, resulta indispensable acceder a la documentación que demuestra el suministro de los medicamentos y la acreditación de su cuantía”⁹⁵.

56. En el mismo término, Fiduprevisora S.A., vocera del P.A.R. Caprecom Liquidado, solicitó se confirmaran las decisiones de tutela de instancia, por las siguientes razones: en primer lugar, indicó que la acción era improcedente por falta de subsidiariedad⁹⁶ e inmediatez⁹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, presentó diferentes razones para sostener por qué la sentencia cuestionada no adolecía de ningún defecto. En particular, indicó que no se presentaba un defecto fáctico, *“puesto que fue amplio el análisis probatorio que desplego [sic] el Consejo de Estado [...] relacionado con toda la facturación de la aquí accionante y el*

⁹² Fls. 41-48, cuaderno de revisión.

⁹³ Fls. 57-60, cuaderno de revisión.

⁹⁴ Fls. 62-63, cuaderno de revisión.

⁹⁵ Fl. 64, cuaderno de revisión.

⁹⁶ Al respecto, indicó: *“el liquidador de la extinta CAPRECOM EICE dispuso que todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que se consideraran con derecho a formular reclamaciones en calidad de acreedores debían hacerse parte en el proceso liquidatorio; sin embargo, una vez se procede a consultar el caso en concreto con la Coordinación Jurídica del P.A.R. CAPRECOM LIQUIDADO, nos fue informado que DROGUERÍAS ELECTRA LIMITADA EN REESTRUCTURACIÓN, NO presentó reclamación oportuna ni extemporánea ante la extinta Entidad; es decir no hizo uso del mecanismo establecido para reclamar su acreencia”* (fls. 142-143, cuaderno de revisión).

⁹⁷ Consideró que la acción de tutela se presentó 10 meses después de haberse proferido el *“fallo dentro del proceso contencioso administrativo presuntamente vulnerador de sus derechos [los de Droguerías Electra]”* (fl. 143, cuaderno de revisión).

contrato de suministro de medicamentos No. 031 de 1996". Señaló que no se configuraba el alegado defecto material o sustantivo, dado que la decisión se fundamentó *"en el análisis normativo previsto para estos casos, concretamente sobre las normas que rigen la contratación del régimen privado, las que rigen la contratación estatal y los principios legales y constitucionales"*⁹⁸. Finalmente, precisó que tampoco se configuraba el defecto por violación directa de la Constitución, ya que la decisión se profirió *"conforme al precedente jurisprudencial establecido sobre el enriquecimiento sin causa, sin que con ello se vislumbre la vulneración de los derechos fundamentales invocados"*⁹⁹.

57. El día 29 de enero de 2020, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio tomó posesión del cargo como conjuez en el proceso de la referencia, *"de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 54 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 y el sorteo efectuado en sesión de dicha Sala [hace referencia a la Sala Plena de la Corte Constitucional] celebrada el treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)"*¹⁰⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

58. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones de tutela proferidas en el expediente de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Metodología de resolución del caso

59. Cuando se cuestiona la constitucionalidad de una providencia judicial, la decisión de amparo está sujeta al cumplimiento de dos exigencias¹⁰¹: (i) que, en los términos del artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y el precedente reiterado de la sentencia C-590 de 2005, se verifiquen ciertas cargas argumentativas especiales en relación con la procedibilidad de la acción¹⁰², y (ii) que se configure algún específico defecto reconocido por la jurisprudencia constitucional¹⁰³. Además, de cuestionarse una sentencia proferida por una Alta

⁹⁸ Fl. 145, cuaderno de revisión.

⁹⁹ Fl. 147, cuaderno de revisión.

¹⁰⁰ Fl. 223, cuaderno de revisión.

¹⁰¹ Cfr., sentencias SU-572 de 2019, SU-566 de 2019 y SU-454 de 2019.

¹⁰² (i) Que se acredite legitimación en la causa; (ii) que no se cuestione una sentencia de tutela –salvo casos excepcionales–; (iii) que se acredite una carga suficiente de motivación en cuanto al cumplimiento de las exigencias de procedibilidad y en cuanto a los presuntos defectos de que adolece la providencia que se cuestiona; (iv) que se acredite un ejercicio oportuno –inmediatez–; (v) que se cumpla la exigencia de subsidiariedad, en cuanto a que se agotaron todos los medios de defensa judiciales disponibles para cuestionar los presuntos defectos de que adolece la providencia y (vi) que se justifique la relevancia constitucional del cuestionamiento y, por tanto, el carácter decisivo de las irregularidades que se alegan, en cuanto a la previsible modificación sustancial del sentido de la providencia que se cuestiona.

¹⁰³ Esto es, si la providencia adolece de un defecto (cfr., de manera general, la sentencia C-590 de 2005) material o sustantivo (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-448 de 2011, SU-424 de 2012 y SU-132 de 2013), fáctico (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-159 de 2002, SU-226 de 2013 y T-385 de 2018),

Corte, en la valoración de estas exigencias se debe acreditar que se trata de un caso “*definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional*”¹⁰⁴.

60. A partir de lo dicho, la Sala examinará si la acción de tutela presentada por Droguerías Electra cumple con los requisitos genéricos de procedibilidad para cuestionar una decisión proferida por una Alta Corte. De acreditarse, se determinará si la providencia judicial cuestionada incurre en alguno de los defectos alegados.

3. Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

61. Para facilitar la valoración de los requisitos de procedibilidad, el estudio iniciará por verificar el cumplimiento de las exigencias más formales, para avanzar hacia aquellas más sustanciales. En particular, se hará hincapié en la exigencia de fundamentación, en la cual se plantearán los cuestionamientos que realiza el accionante a la decisión judicial impugnada y a partir de los cuales se valorará el ejercicio subsidiario de la acción de tutela, su relevancia constitucional y el carácter definitivo de las presuntas irregularidades.

3.1. Legitimación en la causa y tipo de providencia que se cuestiona

62. En el asunto *sub examine* se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa¹⁰⁵ y por pasiva¹⁰⁶. La acción de tutela fue interpuesta por Droguerías Electra, demandante en el proceso de reparación directa que concluyó con la decisión judicial cuestionada. Asimismo, la acción de tutela fue interpuesta en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, autoridad que profirió la decisión judicial que se aduce desconocer el ordenamiento constitucional. No se trata, por tanto, del cuestionamiento a una sentencia de tutela.

3.2. Fundamentación: identificación razonable de los hechos que generan la vulneración y los derechos vulnerados

63. Esta exigencia se satisface si se tienen en cuenta las siguientes razones que plantea el accionante para cuestionar la constitucionalidad de la decisión del

procedimental (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-215 de 2016 y T-385 de 2018), orgánico (cfr., entre otras, las sentencias T-929 de 2008 y SU-447 de 2011), error inducido (cfr., entre otras, la sentencia T-863 de 2013), decisión sin motivación (cfr., entre otras, la sentencia T-709 de 2010), desconocimiento del precedente (cfr., entre muchas otras, las sentencias C-083 de 1995, C-836 de 2001, C-634 de 2011, C-816 de 2011, C-818 de 2011, C-588 de 2012, SU-023 de 2018 y T-082 de 2018) o violación directa de la Constitución.

¹⁰⁴ Cfr., las sentencias SU-050 de 2018, SU-573 de 2017, SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010. Más que un elemento adicional o puntual que debe verificarse, se trata de una carga interpretativa transversal que debe asumir el juez constitucional, a partir de la cual debe analizar tanto los requisitos genéricos de procedencia – especialmente importantes para valorar la relevancia constitucional del caso– como los defectos específicos que se alegan.

¹⁰⁵ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁰⁶ Artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

Consejo de Estado, al adolecer de los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

64. En primer lugar, la autoridad judicial demandada habría aplicado de manera retroactiva la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012 (expediente 24897) a un asunto que habría resolverse de conformidad con la jurisprudencia vigente al momento en que se presentó la demanda de reparación directa (1999).

65. En segundo lugar, de haberse considerado aplicable aquella jurisprudencia de unificación, la autoridad judicial accionada habría desconocido que el caso se subsumía en alguno de los siguientes dos supuestos unificados: (i) el del constreñimiento o (ii) *“cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud”*¹⁰⁷.

66. En tercer lugar, el Consejo de Estado no habría valorado distintos medios de prueba (relacionados en el epígrafe 2 del acápite de *“I. Antecedentes” supra*), a partir de los cuales se infería que *“Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones”*¹⁰⁸.

67. Por tanto, el Consejo de Estado habría debido reconocer que Caprecom se enriqueció sin justa causa a costa de la sociedad Droguerías Electra y, en consecuencia, habría debido condenar a la citada entidad, al igual que a la Nación–Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagarle a la sociedad accionante la suma equivalente al empobrecimiento de su patrimonio, correspondiente al valor de los medicamentos que le suministró y que nunca le fueron pagados.

3.3. Subsidiariedad

68. En el presente asunto se cuestiona una decisión de segunda instancia, proferida en un proceso de reparación directa, respecto de la cual no procede recurso alguno para cuestionar el posible desconocimiento de los derechos fundamentales alegados por la accionante, a partir de las razones de que da cuenta el apartado anterior. En efecto, como bien lo señaló esta, *“En este caso, el recurso extraordinario de revisión no resultaba procedente, debido a que las circunstancias de hecho no se enmarcan en ninguna de las causales de procedencia de este recurso, establecidas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*¹⁰⁹.

69. En efecto, ninguna de las causales que contiene el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPACA– es aplicable *prima facie* al caso cuyo estudio ocupa la Sala.

¹⁰⁷ Fl. 27, cuaderno de tutela.

¹⁰⁸ Fl. 30, cuaderno de tutela.

¹⁰⁹ Fl. 15 cuaderno de tutela.

Si bien, tanto el Ministerio de Hacienda¹¹⁰ como Fiduprevisora S.A., vocera del P.A.R. Caprecom Liquidado, indicaron que la acción debía declararse improcedente dado que el tutelante habría debido agotar el recurso en cita, no justificaron por qué alguna de las causales taxativamente dispuestas en el citado artículo era aplicable.

70. Así las cosas, encuentra la Sala satisfecha la carga de subsidiariedad.

3.4. Inmediatez

71. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la exigencia de inmediatez es más estricta cuando se interpone en contra de una sentencia proferida por una Alta Corte, dado que en estos casos se encuentra involucrado el respeto a los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, así como la presunción de acierto de las decisiones de las citadas autoridades judiciales. Por tal razón, ha señalado que la tutela debe presentarse en un término *oportuno, justo y razonable*¹¹¹, de allí que el tutelante deba satisfacer una carga argumentativa que dé cuenta de razones suficientes que justifiquen el término de presentación de la acción¹¹².

72. En el presente asunto, la Sala constata que esta exigencia se satisface. Como a continuación se aprecia, entre la presentación de la acción de tutela y la ejecutoria de la decisión que se ataca no trascurrió un término superior a 6 meses, término que la jurisprudencia constitucional ha considerado *prima facie* razonable¹¹³, y que el accionante consideró vinculante para satisfacer esta exigencia de procedibilidad¹¹⁴:

(a) Ejecutoria de la decisión judicial que se cuestiona	(b) Presentación de la acción de tutela	Término que transcurrió entre (a) y (b)
29 de septiembre de 2016 ¹¹⁵	10 de marzo de 2017 ¹¹⁶	5 meses y 11 días

¹¹⁰ Fl. 142 vto., cuaderno de tutela.

¹¹¹ Cfr., sentencias T-412 de 2018, SU-439 de 2017 y SU-499 de 2016.

¹¹² En las sentencias SU-057 de 2018 y SU-037 de 2019 se indicó que, en términos generales, el plazo oportuno para presentar solicitudes de amparo en contra de providencias judiciales es de seis (6) meses, luego de lo cual puede declararse la improcedencia de la acción, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante.

¹¹³ Cfr., entre otras, las sentencias C-590 de 2005, T-594 de 2008, T-328 de 2010, T-860 de 2011, T-246 de 2015, T-265 de 2015, SU-057 de 2018, T-412 de 2018 y SU-037 de 2019.

¹¹⁴ El accionante indicó lo siguiente en el escrito de tutela. “*Se cumple con el requisito de inmediatez. || La jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2016, ha considerado que el lapso razonable en que debe ejercerse la acción de tutela es de 6 meses desde la providencia que se considera vulneratoria de los derechos fundamentales*” (fl. 16, cuaderno de tutela).

¹¹⁵ La sentencia impugnada fue proferida el 31 de mayo de 2016, notificada por edicto que se desfijó el 26 de septiembre de 2016 (fl. 918, cuaderno principal del proceso de reparación directa). Según se indica en la misma providencia, “*De conformidad con el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, el término de ejecutoria de la providencia que antecede corre entre los días 27/09/2016 y 29/09/2016*” (ibid.).

¹¹⁶ Fl. 1, cuaderno de tutela.

3.5. Relevancia constitucional del caso y de la presunta irregularidad

73. Este requisito de elaboración jurisprudencial se desprende normativamente de los artículos 5 del Decreto 2591 y 86 de la Constitución, en la medida en que tales disposiciones delimitan el objeto de la acción: la protección de los derechos fundamentales. Esta exigencia, además, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, persigue por lo menos las siguientes dos finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional¹¹⁷ y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad¹¹⁸, y, (ii) impedir que esta se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces¹¹⁹.

74. Por tanto, solo la evidencia *prima facie* de una afectación de derechos fundamentales permite superar el requisito de *relevancia constitucional* de la tutela en contra de providencias judiciales¹²⁰. De allí que le corresponda al accionante justificar razonablemente la existencia de una restricción *prima facie* a un derecho fundamental.

75. Esta exigencia resulta especialmente relevante en los eventos en los que se censura una sentencia proferida por una Alta Corte, pues en estos casos la competencia interpretativa de cierre resulta sistémicamente más relevante y, por tanto, la evaluación debe ser más estricta que la que pudiera hacerse en los demás eventos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

76. En el caso objeto de estudio se acredita esta exigencia jurisprudencial si se tiene en cuenta que el accionante logró caracterizar una plausible afectación *prima facie* al debido proceso en los siguientes términos:

“Este caso resulta de relevancia constitucional, pues una decisión judicial omitió la aplicación directa de disposiciones constitucionales, aplicando retroactivamente una sentencia de unificación, en donde se estableció la interpretación jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, a un caso cuyos hechos y demanda se presentaron aproximadamente entre 15 y 13 años antes de proferida la sentencia con esa nueva interpretación, afectando así los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de mi representada y vulnerando el principio constitucional de seguridad jurídica”¹²¹.

77. Si bien, el argumento anterior únicamente justifica la relevancia constitucional del caso a partir de una de las razones que fundamentan la censura, lo cierto es que de admitirse como procedentes todas las formuladas (descritas en el epígrafe 3.2 *supra*) habría lugar a amparar el derecho fundamental al debido proceso, mediante la orden al juez de valorar las razones

¹¹⁷ Cfr., la sentencia C-590 de 2005.

¹¹⁸ Cfr., las sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007 y T-406 de 2014.

¹¹⁹ Cfr., la sentencia T-102 de 2006.

¹²⁰ Con relación a estas razones, cfr., las sentencias T-385 de 2018 y SU-454 de 2019.

¹²¹ Fl. 15, cuaderno de tutela.

propuestas para que profiera una sentencia sustitutiva que no contenga los defectos advertidos. Dada esta inferencia plausible, debe la Sala proceder a valorar, de fondo, si, efectivamente, las sentencias cuestionadas adolecen de alguno de los defectos alegados en su contra.

4. Problema jurídico y estructura de decisión

78. Le corresponde a la Sala valorar si la sentencia judicial atacada incurre en los defectos por violación directa de la Constitución, material o sustantivo y fáctico alegados, en los términos delimitados en el epígrafe 3 anterior y en concordancia con su formulación por el accionante, descrita en el epígrafe 2 del acápite de “I. Antecedentes”.

79. En el epígrafe 5 *infra* se presentan las razones por las cuales la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado de solucionar el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dan origen a una demanda de reparación directa –la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012, expediente 24.897– no desconoce *per se* derecho alguno y, por tanto, no es constitutiva de un defecto por violación directa de la Constitución ni tampoco material o sustantivo.

80. En el epígrafe 6 *infra* se presentan las razones por las cuales la aplicación que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo de la jurisprudencia de unificación en materia de *actio in rem verso* no adolece de los defectos material¹²² y fáctico alegados, en la medida en que no puede calificarse de “*definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional*”¹²³.

5. La sentencia no adolece de los defectos por violación directa de la Constitución ni material o sustantivo alegados: la decisión de solucionar el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dan origen a una demanda de reparación directa no desconoce *per se* derecho alguno

81. Si bien las pretensiones del accionante pudieron encontrar apoyo en algunas sentencias de la Sección Tercera para la época en que se presentó la demanda, al encontrarse en colisión con otras no podía afirmarse que se tratara de un derecho cierto sino de una *mera expectativa*. Por tanto, la aplicación que de la

¹²² En este apartado se estudia el argumento subsidiario propuesto por el accionante para considerar que la decisión adolecía de un defecto material o sustantivo pues, presuntamente, de haberse considerado aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, se habría desconocido que el caso se subsumía en alguno de los siguientes dos supuestos para admitir el enriquecimiento sin causa: (i) el del constreñimiento al contratista o (ii) “*cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud*” (fl. 27, cuaderno de tutela).

¹²³ Cfr., el epígrafe 2 *supra* y, en particular, las sentencias SU-050 de 2018, SU-573 de 2017, SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010.

jurisprudencia de unificación en materia de *actio in rem verso* hizo la autoridad judicial accionada para resolver la controversia entre Droguerías Electra y Caprecom no es constitutiva ni de un defecto por violación directa de la Constitución ni de uno material o sustantivo.

82. En primer lugar, tal como se reconoció en la sentencia de unificación cuya aplicación censura el tutelante, antes de su expedición en el año de 2012 –que, resolvió una controversia acerca de hechos acaecidos entre los años de 1998 y 1999, contemporáneos a los que dieron fundamento a la reclamación de Droguerías Electra¹²⁴, y de circunstancias fácticas análogas¹²⁵– existía, *“una pluralidad de posiciones sobre estos temas que finalmente se traducen en una situación de ambigüedad e inseguridad, razón por la cual se hace necesario que la Sección Tercera proceda a unificar la jurisprudencia aplicable a éste [sic] tipo de asuntos y por ello ha asumido el conocimiento del presente caso”*¹²⁶.

83. Por tanto, no es plausible el argumento del accionante, según el cual, dado que los hechos que dieron fundamento a la demanda de reparación directa ocurrieron entre 1996 y 1997, *“el régimen jurídico vigente en ese momento, relativo al enriquecimiento sin causa, se encontraba en las reglas jurisprudenciales del Consejo de Estado de esa época”*¹²⁷, razón por la cual, *“en la sentencia se aplica erróneamente la interpretación de una norma jurídica, atentando contra los intereses legítimos de mi representada”*¹²⁸.

84. De un lado, contrario a lo que afirma el tutelante, tal como se precisó en la sentencia de unificación, ni siquiera para los años de 1996 y 1997 existía una postura jurisprudencial inequívoca, a partir de la cual fuese posible inferir, con certeza, como lo hace el accionante, que *“resultaba procedente que se condenara a Caprecom a restituir ese indebido acrecimiento patrimonial [...] pues como ya se mencionó, el Consejo de Estado entendía que la administración tenía la obligación de pagar las obligaciones ejecutadas con asentimiento de su parte, sin que pudiera alegar el hecho de no haber celebrado un contrato solemne”*¹²⁹.

85. El reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa suponía una valoración concreta de las específicas circunstancias fácticas de cada caso, de allí que, como en una de las providencias que se cita en la sentencia de unificación, *“la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada*

¹²⁴ *Supra*, epígrafe 1 del acápite de *“I. Antecedentes”*.

¹²⁵ La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció del recurso de apelación en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo de Tolima que condenó al municipio de Melgar a pagar una suma de dinero a favor de un contratista suyo, como consecuencia del enriquecimiento injustificado que padeció, al haber ejecutado actividades en exceso de lo contratado inicialmente y sin que se hubiesen respaldado mediante la suscripción de un contrato adicional. Luego de unificar su jurisprudencia en materia de *actio in rem verso*, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el Tribunal.

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

¹²⁷ Fl. 23, cuaderno de tutela.

¹²⁸ Fl. 27, cuaderno de tutela.

¹²⁹ *Ibid.*

como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo”¹³⁰. En gracia de considerar admisible el argumento del tutelante, le correspondía al juez administrativo valorar si, en las circunstancias de los casos en concreto, la *actio in rem verso* no daba lugar a la elusión de “una disposición imperativa de la ley”, exigencia que la jurisprudencia contencioso administrativa había tomado de la jurisprudencia antecesora de la Corte Suprema de Justicia¹³¹.

86. De otro lado, fue solo con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se unificó la jurisprudencia dispersa en la materia, a partir de una tesis general de improcedencia y otra de aplicación excepcional, a partir de 3 supuestos enunciativos y exceptivos de la regla general de improcedencia. Según la primera,

“12.1 [...] **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general [...] no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que 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”¹³² (negrilla del texto original).

87. De conformidad con la segunda,

“12.2. 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: || 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

¹³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de octubre 11 de 1991. Expediente: 5.686. Citada en: CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897. Más adelante, en la misma providencia de 1991 se señala: “Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad [sic] sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetra de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *ACTIO IN REM VERSO*”.

¹³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

¹³² Ibid.

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 4° de la Ley 80 de 1993”¹³³.

88. En segundo lugar, considerar como admisible la tesis que propone el accionante para fundamentar los presuntos defectos, supondría que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado habría debido separarse de la jurisprudencia de unificación. De considerarse *prima facie* admisible esta fundamentación, al tratarse de un supuesto contra fáctico –en la medida en que no fue la estrategia argumentativa que utilizó la autoridad accionada–, la carga argumentativa *mínima* que habría debido ofrecer el accionante debía satisfacer el estándar que ha exigido la jurisprudencia constitucional para que una autoridad judicial se separe válidamente de la jurisprudencia de unificación de una Alta Corte¹³⁴.

89. En relación con este estándar, respecto de las decisiones del Consejo de Estado, según la jurisprudencia constitucional, es válido que las autoridades judiciales,

“[...] merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. [...] || para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable” (subrayas del texto original)¹³⁵.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Luego le correspondería al juez constitucional valorar si, en tales circunstancias, era ordenado, o no, a la autoridad judicial accionada separarse de la jurisprudencia de unificación para garantizar los derechos fundamentales del tutelante. Esto supondría acreditar un estándar de necesidad y suficiencia, de tal forma que, como se indicó en el epígrafe 2 *supra*, se acredite que se trata de un caso “*definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional*” (cfr., las sentencias SU-050 de 2018, SU-573 de 2017, SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010).

¹³⁵ Si bien este estándar fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, en la que controló la constitucionalidad del último apartado del inciso 1° del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), relativo al deber de las

90. En el presente asunto, la razón que ofrece el tutelante para satisfacer esta exigencia es que el uso de la sentencia de unificación de noviembre 19 de 2012 suponía una aplicación retroactiva de la jurisprudencia, que afectaba *“tanto el debido proceso como la seguridad jurídica”* y la *“igualdad”*, pues se aplicaba *“a una demanda interpuesta en octubre de 1999, por hechos ocurridos entre agosto de 1996 y octubre de 1997”*¹³⁶.

91. Este argumento no solo no satisface la carga cualificada de argumentación que ha planteado la jurisprudencia constitucional, sino que, además, supone un cuestionamiento ilegítimo a la competencia de unificación del Consejo de Estado.

92. Con relación a lo primero, de una parte, el accionante no plantea razones, más allá de la conveniencia de la resolución de su caso a partir de una jurisprudencia anterior (la *“vigente”* para los años de 1996 y 1997), que hubieren permitido a la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado apartarse válidamente de la sentencia de unificación del año 2012¹³⁷. De otra parte, el tutelante tampoco acredita de qué forma la interpretación que propone desarrolla de una mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales que fueron objeto de ponderación por parte de la Sección Tercera en la sentencia de unificación. En últimas, por tanto, no demuestra por qué la opción interpretativa que alega *“es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable”*¹³⁸.

autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia, es también aplicable al caso *sub examine* por las siguientes razones: (i) de una parte, esta fundamentación se planteó para explicar la posibilidad de *“apartamiento”* de los jueces de la jurisprudencia de las Altas Cortes, a partir de explicar el *“grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes”*, tal como lo había desarrollado en la sentencia C-539 de 2011, pues, *“No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo”*. (ii) De otra parte, el estándar fue explícitamente reiterado en la sentencia C-816 de 2011, al hacer referencia a la posibilidad de *“apartamiento judicial”*, *“incluso frente a decisiones de los órganos judiciales de cierre”*. En esta providencia, la Corte controló la constitucionalidad de los incisos 1° y 7° del artículo 102 del CPACA, relativos al deber de las autoridades administrativas de extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado. (iii) Finalmente, el citado estándar fue reiterado en la sentencia C-588 de 2012 en el apartado relativo al *“valor vinculante del precedente judicial de los órganos de cierre jurisdiccional y la posibilidad de apartamiento”*. En esta sentencia, la Corte controló la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 270 del CPACA, que define los criterios para identificar las *“sentencias de unificación jurisprudencial”* del Consejo de Estado. En particular, respecto a la posibilidad de *“apartamiento judicial”*, precisó: *“En efecto, en la base del apartamiento jurisprudencial está la idea de preservar en núcleo esencial de la autonomía judicial en la tarea de adjudicación del derecho en un caso concreto, aun frente a decisiones judiciales ya adoptadas por las instancias superiores de la organización judicial, a través de un mecanismo excepcional y exigente de argumentación”*.

¹³⁶ Fl. 22, cuaderno de tutela.

¹³⁷ En efecto, según indica, *“resultaba procedente que se condenara a Caprecom a restituir ese indebido acrecimiento patrimonial [...] pues como ya se mencionó, el Consejo de Estado entendía que la administración tenía la obligación de pagar las obligaciones ejecutadas con asentimiento de su parte, sin que pudiera alegar el hecho de no haber celebrado un contrato solemne”* (fl. 23, cuaderno de tutela).

¹³⁸ Cfr., el estándar jurisprudencial decantado en las sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.

93. Con relación a lo segundo, el argumento del accionante inhibe la competencia de unificación del Consejo de Estado, pues restringe su alcance a hechos futuros sin que la normativa que regula esta competencia contemple tal opción¹³⁹ o la jurisprudencia constitucional hubiese modulado sus efectos¹⁴⁰, y sin que las razones que ofrece sean suficientes.

94. En tercer lugar, tal como lo ha reconocido la Sala Plena, no pueden calificarse como derechos adquiridos o expectativas legítimas aquellas pretensiones que, en algún momento, respecto de un determinado asunto, hubiesen sido amparadas por la jurisprudencia a favor de ciertos sujetos, si esta ha cambiado, máximo cuando los cambios obedecen a posturas unificadas¹⁴¹. Al valorar si una persona tenía derecho a que su caso se resolviera con fundamento en una jurisprudencia superada de la Corte, en la sentencia SU-023 de 2018 se precisó:

“El accionante no tenía un derecho cierto a la reliquidación de su mesada pensional, en los términos en los que este la solicitó, pues se trataba de una *mera expectativa*, que en cierto momento encontró sustento en algunas sentencias de las Salas de Revisión que, posteriormente, entraron en tensión con providencias dictadas por las otras Salas de Revisión, y con otros postulados constitucionales contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2005”¹⁴².

¹³⁹ El deber de acatar las sentencias de unificación del Consejo de Estado y, por tanto, su carácter vinculante, se fundamenta en su expreso reconocimiento legal. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 256 y 258 del CPACA los jueces que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo –del que hacen parte, sin duda, las diferentes subsecciones que integran la Sección Tercera del Consejo de Estado– tienen el deber de aplicar, en la resolución de los asuntos a su cargo, las sentencias de unificación jurisprudencial que profiera el Consejo de Estado; su omisión, por tanto, hace procedente *prima facie* el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia o la acción de tutela, según las circunstancias de cada caso.

¹⁴⁰ En la sentencia C-588 de 2012, al controlar la constitucionalidad del artículo 270 del CPACA, la Corte Constitucional consideró que era razonable que el legislador limitara “*el mecanismo de extensión administrativa de sentencias, a un tipo especial de ellas, las sentencias de unificación jurisprudencial*”, pues, por su carácter, tenían un alto grado de seguridad y certeza. Además, indicó que el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, tenía el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, carácter que le imprimía fuerza vinculante a aquellas decisiones. Finalmente, indicó que, “*para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación ‘claras, uniformes e identificables’, en virtud del mandato constitucional aludido [hace referencia al artículo 237 de la Constitución]*”.

¹⁴¹ Este es el argumento que plantea el accionante, al considerar que la decisión de la autoridad judicial accionada habría desconocido su derecho a la igualdad, “*puesto que a diversos sujetos en las mismas condiciones en las que se encuentra mi representada, y en la época de los hechos y presentación de la demanda, se les reconoció, considerando la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la indemnización surgida por la configuración del enriquecimiento sin causa, y recibieron el pago de las prestaciones que fueron ejecutadas*” (fl. 25, cuaderno de tutela).

¹⁴² Más adelante, en la misma providencia, se señaló: “*Aunque pudiera asumirse la existencia de una línea jurisprudencial, para el momento de presentación de la acción de tutela, en virtud de la cual el IBL de las pensiones sometidas al régimen de transición debía calcularse con fundamento en la normativa anterior (derogada) y no con la que estuviera vigente, lo cierto es que, para cuando se profirieron la sentencia anulada (T-022 de 2010) y la que se cuestiona en este proceso de tutela (de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia), esta Corte no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debía otorgarse al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no era un elemento del régimen de transición*”. En igual sentido, con posterioridad, en la misma sentencia, se precisó: “*Resulta del caso precisar que, si bien la sentencia T-022 de 2010 fue anulada, precisamente, por modificar la jurisprudencia en vigor para ese momento, no le imponía a la Sala una obligación diferente a la de unificar, precisar o reiterar su jurisprudencia (tal como se indicó en el numeral 3 supra). En la actualidad, habiéndose unificado la jurisprudencia constitucional en la materia, en los términos expuestos en los numerales que anteceden, lo que corresponde es analizar el caso concreto a partir de la jurisprudencia en vigor de la Corte*”.

95. Así las cosas, es razonable y adecuado el argumento propuesto por la autoridad judicial accionada en la contestación de la acción de tutela, según el cual los precedentes judiciales no garantizan derechos adquiridos *per se*, salvo “*aquellos que se declararon o constituyeron en favor de las personas respecto de las que produce sus efectos la sentencia invocada*”¹⁴³. Además, como bien lo precisó el juez de segunda instancia en el proceso de tutela,

“no resultaba desproporcionada la aplicación de la jurisprudencia vigente al momento de fallar un asunto, en tanto (i) de forma previa se evidenció que no existía una posición unificada pacífica al interior de la jurisdicción respecto de un punto de derecho en particular y (ii) al tratarse de una providencia de unificación, resultaba razonable que el juez natural de la causa, [sic] acogiese las consideraciones planteadas en la misma por la Corporación de cierre en la materia, ello sin consideración a la fecha en que ocurrieron los hechos que sustentaron la demanda”¹⁴⁴.

6. La sentencia no adolece de los defectos material y fáctico alegados: la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado no aplicó de manera irrazonable la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en materia de *actio in rem verso*

96. En este apartado le corresponde decidir a la Sala si la providencia que se censura adolece de los defectos material y fáctico alegados. De manera presunta, de haberse considerado aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, se habría desconocido que el caso se subsumía en alguno de los siguientes dos supuestos excepcionales para admitir el enriquecimiento sin causa: (i) el del constreñimiento al contratista o (ii) “*cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud*”¹⁴⁵. Lo anterior, en la medida en que, entre otras, no se habrían valorado distintos medios de prueba, a partir de los cuales se infería que “*Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones*”¹⁴⁶.

97. En primer lugar, la determinación del alcance de los supuestos en que es procedente el reconocimiento del enriquecimiento sin causa es una competencia

Constitucional y no con fundamento en criterios de las Salas de Revisión, que fueron descartados y superados por la propia Sala Plena”.

¹⁴³ Fl. 137 vto., cuaderno de tutela.

¹⁴⁴ Fl. 402, cuaderno de tutela. Para fundamentar esta idea, además, el *ad quem* citó lo dispuesto en la sentencia SU-406 de 2016.

¹⁴⁵ Fl. 27, cuaderno de tutela.

¹⁴⁶ Fl. 30, cuaderno de tutela. Dado que el punto de partida de este estudio es la vigencia de la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, no puede considerarse como un argumento independiente y aislado de la sentencia de unificación el presunto defecto fáctico que alega el accionante. Es por esto que debe considerarse vinculado a alguno de los tres supuestos enunciativos, exceptivos y excepcionales de la regla general de improcedencia de la *actio in rem verso*, “*para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique*”, a que se hizo referencia en el epígrafe 5 anterior, máxime que el accionante no hizo referencia a un supuesto adicional, que pudiera derivarse analógicamente de los tres supuestos excepcionales.

propia del Consejo de Estado, que no de la Corte Constitucional. Por tanto, no le es dable a la Sala imponer un determinado contenido normativo a aquel, pues se desconocería la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales expedidas por los órganos de cierre de las jurisdicciones diferentes de la constitucional. De allí que no le corresponda a la Corte valorar la corrección de las reglas de unificación adoptadas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver la reclamación que plantea el accionante¹⁴⁷.

98. En segundo lugar, dado que era adecuado que la autoridad judicial accionada solucionara el caso a partir de la sentencia de unificación de noviembre 19 de 2012, si se analiza la providencia que se censura en su integridad, en particular los últimos apartados del título 8, relativos al “*enriquecimiento sin causa*”, es posible identificar una adecuada ponderación entre la garantía de las reglas y principios orientadores de la contratación estatal y el reconocimiento de prestaciones a favor de los contratistas sin cobertura legal (*actio in rem verso*).

99. Para la autoridad judicial accionada, el caso se regulaba por la tesis general de improcedencia de la *actio in rem verso*, que había unificado la Sala Plena de la Sección Tercera. Para aquella, no era procedente el reconocimiento que pretendía el accionante pues se trataba de un supuesto en que se pretendía “*desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente*”.

100. En los términos en que fue unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el alcance de esta regla general de improcedencia era el siguiente:

“12.1 [...] **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general [...] no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que 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”¹⁴⁸ (negrilla del texto original).

101. Para la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el presunto suministro por parte de Droguerías Electra a favor de Caprecom se hizo luego del vencimiento del plazo contractual y por un término igual al inicialmente acordado, lo que supuso la elusión de “*la formalidad escrita*” del contrato estatal y, por tanto, se redujo “*el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal*”¹⁴⁹. Esto es, se trató de un presunto

¹⁴⁷ La valoración acerca de la corrección o no de tal regla –y, por tanto, su mantenimiento o cambio– corresponde al ámbito propio de la jurisprudencia de unificación de la citada autoridad. Sin duda, un insumo fundamental para esta labor es el papel que desempeña la doctrina al avalar o criticar la jurisprudencia en vigor; sin embargo, de que esto sea así no se sigue una modificación *per se* de la regla jurisprudencial.

¹⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

¹⁴⁹ Fl. 911, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

suministro por fuera de los parámetros legales, de allí que infiriera que, “no tenían que ver con las prestaciones acordadas al amparo del convenio”¹⁵⁰.

102. De una parte, indicó la autoridad judicial accionada que a pesar de que se trataba de un contrato regido por el derecho privado, el acuerdo acerca de suministros adicionales a los inicialmente contratados debía constar por escrito, lo cual era consecuencia no solo de la sujeción de este tipo de convenciones a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, “de cara a las normas presupuestales”¹⁵¹, sino, además, de que las partes “en ejercicio de la autonomía de la voluntad” decidieron “someterlo a las previsiones de la Ley 80 de 1993, hasta su terminación”¹⁵².

103. De otra parte, la autoridad judicial accionada encontró acreditado que, “un alto porcentaje de las facturas traídas al proceso, corresponden al suministro de medicamentos más allá del límite temporal, previsto en el contrato y en el convenio del 26 de agosto de 1996. En ese orden, solo procede reconocer los medicamentos suministrados y no pagados durante el término de ejecución y treinta días más, en cuanto se trata de obligaciones insatisfechas al amparo del contrato”¹⁵³. Además, evidenció que Caprecom había cumplido “en alto porcentaje su obligación contractual relativa al pago del precio, incluso más allá del límite temporal, conforme dan cuenta los recibos de pago que obran en el plenario”¹⁵⁴, a partir de los cuales concluyó que, no obstante que el valor inicial del contrato había sido de \$800’000,000, “CAPRECOM por el suministro de medicamentos en el marco del contrato y más allá del límite convenido canceló a DROGUERÍAS ELECTRA LTDA la suma de \$ 4.185.530.576,00”¹⁵⁵.

104. Esta forma de resolver el caso era una consecuencia razonable de la aplicación de la tesis que unificó la Sala Plena de la Sección Tercera en el año 2012. En esta se buscó conciliar, de un lado, la pretensión de los contratistas de que se les reconociera “el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique” y, de otro, el carácter solemne de los contratos estatales, que, entre otras, preserva “el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la

¹⁵⁰ Fl. 908, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁵¹ Fl. 905, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁵² Fl. 904, cuaderno principal del proceso de reparación directa. Es del caso precisar que, en primer lugar, este aspecto no fue censurado por el tutelante. En segundo lugar, a pesar de que no fue objeto de estudio en la providencia, la Subsección B bien pudo haber valorado el alcance que en relación con el régimen contractual de Caprecom habría supuesto su reorganización como Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 314 de agosto 20 de 1996. Dado que en dicha normativa no se había previsto un régimen contractual excepcional, era dable inferir *prima facie* que su régimen de contratación era el regulado por la Ley 80 de 1993, pues este se aplicaba a las “empresas industriales y comerciales del Estado”, de conformidad con el literal a) del numeral 1 de su artículo 2.

¹⁵³ Fl. 908, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁵⁴ Fls. 911 vto.-912, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁵⁵ Fl. 912, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva”¹⁵⁶.

105. Seguidamente, a partir de los *“hechos probados”* (título 3 de la providencia que se censura) y de las razones que anteceden, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado descartó, de manera razonable, porque no era aplicable ninguno de los supuestos enunciativos y exceptivos que se unificaron en el año 2012, máxime que una característica común a todos ellos era su *“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”*¹⁵⁷.

106. Primero, de conformidad con la jurisprudencia de unificación, uno de los supuestos en que es excepcional el reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa se presenta,

“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”¹⁵⁸.

107. La autoridad judicial accionada precisó que no se acreditaba prueba de constreñimiento por parte de Caprecom frente a Droguerías Electra para efectos de continuar el suministro contratado. Para la Subsección, *“la única solicitud que en tal sentido le hizo el Subdirector Médico de Caprecom el 10 de agosto de 1997, no comporta una presión sino una persuasión, en cuanto no existe otro requerimiento que permita arribar a esa conclusión”*¹⁵⁹. Dado el estándar cualificado que exigía la acreditación del supuesto de unificación, la valoración que realizó la autoridad judicial accionada no puede calificarse de irrazonable, además de que es contraevidente inferir que un documento suscrito el 10 de agosto de 1997 sirviera de prueba de un presunto constreñimiento de un contrato cuyo plazo inicial ya se había cumplido. El razonamiento del accionante en este aspecto corresponde más a un desacuerdo con la valoración que realizó el Consejo de Estado, que a un asunto de evidente contradicción con la garantía de los derechos fundamentales que alega. Este desacuerdo valorativo escapa al control del juez de tutela, pues supondría que este actuara como juez de la controversia, lo que desconoce la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales de Altas Cortes.

¹⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Fl. 911, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

108. Segundo, de conformidad con la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de *actio in rem verso*, el otro supuesto excepcional en el que es posible su reconocimiento se presenta en aquellos supuestos,

“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.”¹⁶⁰.

109. En el acápite de “*régimen legal aplicable*” (título 4), la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que el objeto del contrato “*no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención, valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad*”¹⁶¹. De acuerdo con esta idea, precisó que no se había demostrado la necesidad del servicio, “*por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con el suministro por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud*”¹⁶².

110. Señaló, además, que no hubo prueba de la urgencia del suministro por parte del contratista a favor de Caprecom, entre otras, dado que, a pesar de que Droguerías Electra y Caprecom se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato suscrito, de conformidad con la normativa vigente, no lo hicieron, sin que mediara razón alguna. En particular, precisó:

“las partes se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato y no lo hicieron, máxime si el suministro de los medicamentos se hizo por un año más, sin respaldo contractual, eludiendo la formalidad escrita y reduciendo el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal, con pleno desconocimiento de los principios que informan las actuaciones administrativas, especialmente los relacionados con la transparencia y publicidad de la conducta”¹⁶³.

¹⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

¹⁶¹ Fl. 905 vto., cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁶² Fl. 911, cuaderno principal del proceso de reparación directa.

¹⁶³ Fl. 911, cuaderno principal del proceso de reparación directa. Esta censura la había planteado en su momento la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos: “*para esta Sala resulta poco probable que una sociedad comercial como la aquí actora, suscriba un contrato de suministro por un valor de ochocientos millones de pesos, y poco [sic]*”

111. Así las cosas, dado el estándar cualificado que exigía la acreditación del supuesto de unificación, la valoración que realizó la autoridad judicial accionada fue razonable y, por tanto, no es posible inferir que sea *“definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional”*¹⁶⁴.

112. Tercero, de conformidad con la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el último supuesto excepcional en el que es posible el reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa se presenta en aquellos supuestos,

“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”¹⁶⁵.

113. En relación con este supuesto, indicó la autoridad judicial accionada que el presunto suministro de medicamentos no había obedecido *“a una situación de urgencia manifiesta”*. Dado que este aspecto no fue cuestionado por el tutelante, debe inferirse que dicha fundamentación fue suficiente, a partir de las circunstancias específicas del caso.

114. En suma, dado que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó de manera adecuada la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera, no es posible inferir que la sentencia adolezca de los defectos material y fáctico que alega el accionante.

7. Síntesis de la decisión

115. Le correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2016, en el proceso de reparación directa adelantado por Droguerías Electra Ltda., en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– habría incurrido en los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

meses después (5 meses aproximadamente), el monto contratado se desborde en una suma superior a los cincuenta millones de pesos, y no obstante lo anterior, siga suministrando a la firma demandada, a sus beneficiarios, dependientes y a un centro clínico filial de Caprecom, medicamentos y productos farmacéuticos en aproximadamente un periodo de un año, por una suma que excede los seis mil millones de pesos, cuando la práctica [sic] comercial usual indica que cualquier proveedor, con el interés de preservar sus intereses patrimoniales, suspendería cualquier suministro en caso de incumplimiento y falta de pago de sumas cuantiosas, máxime cuando el mismo ni siquiera está respaldado en un acto administrativo o contrato” (fl. 170, cuaderno principal del proceso de reparación directa).

¹⁶⁴ Cfr., las sentencias SU-050 de 2018, SU-573 de 2017, SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010.

¹⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de noviembre 19 de 2012. Expediente: 24.897.

116. A pesar de encontrar acreditadas las exigencias de procedibilidad de la acción de tutela, concluyó que no se acreditaba ninguno de los defectos alegados por Droguerías Electra.

117. En primer lugar, señaló que el hecho de que la autoridad judicial accionada hubiese decidido el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dieron origen a la demanda de reparación directa no desconocía *per se* derecho alguno. Si bien las pretensiones del accionante pudieron encontrar apoyo en algunas sentencias de la Sección Tercera para la época de la presentación de la demanda, al encontrarse en colisión con otras no podía afirmarse que se tratara de un derecho cierto sino de una *mera expectativa*. Al ser esto así, consideró que era válido que la autoridad judicial accionada acudiera a la jurisprudencia de unificación en materia de *actio in rem verso* para resolver la controversia.

118. En segundo lugar, precisó que la determinación del alcance de los supuestos en que era procedente el reconocimiento del enriquecimiento sin causa era una competencia propia del Consejo de Estado, que no de la Corte Constitucional. Por tanto, no le era dable a la Sala Plena imponer un determinado contenido normativo a aquel, pues desconocería la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales expedidas por los órganos de cierre de las jurisdicciones diferentes de la constitucional.

119. En tercer lugar, indicó que, si se analizaba en su integridad la decisión de la autoridad judicial accionada, en particular los últimos apartados del título 8 (sic) relativos al “*enriquecimiento sin causa*”, era posible identificar una adecuada ponderación entre la garantía de las reglas y principios orientadores de la contratación estatal y el reconocimiento de prestaciones a favor de los contratistas sin cobertura legal (*actio in rem verso*). Por tanto, fue adecuada la aplicación de la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera en la providencia objeto de reproche, si se tiene en cuenta que la negativa al reconocimiento de las pretensiones formuladas por el contratista se había fundamentado en las siguientes razones: (i) No se acreditó prueba de constreñimiento por parte de Caprecom frente a Droguerías Electra Ltda. para efectos de continuar el suministro contratado. (ii) No hubo prueba de la urgencia del suministro por parte del contratista a favor de Caprecom. (iii) A pesar de que Droguerías Electra Ltda. y Caprecom se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato suscrito, de conformidad con la normativa vigente, no lo hicieron, sin que mediara razón justificatoria alguna. (iv) El presunto suministro por parte de Droguerías Electra Ltda. y a favor de Caprecom, por fuera de los parámetros legales, se hizo luego del vencimiento del plazo contractual y por un término igual al inicialmente acordado, lo que habría supuesto la elusión de “*la formalidad escrita*” del contrato estatal y se habría reducido “*el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal*”. (v) No se demostró la necesidad del servicio “*por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con el suministro*

por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud”. (vi) El presunto suministro de medicamentos no obedeció “a una situación de urgencia manifiesta”.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante el auto del 14 de julio de 2018, proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Segundo. CONFIRMAR las sentencias de 2 de agosto y 8 de noviembre de 2017, proferidas por las secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado que, en primera y segunda instancia, respectivamente, negaron la tutela presentada por Droguerías Electra Limitada en reestructuración en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Tercero. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. DEVUÉLVASE, por Secretaría General, a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el expediente enviado en préstamo del proceso No. 1999-2596, correspondiente a la acción de reparación directa que presentó Droguerías Electra en contra de Caprecom y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of a long horizontal stroke with a small vertical tick on the left, a curved line above it, and a small '7' shape on the right.

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Conjuez

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General