

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra adicionales en dos contratos / CONTRATO DE OBRA - Ejecución de obras civiles en áreas quirúrgicas Clínica Santa Marta / ACTIO IN REM VERSO POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Alcance

El problema jurídico del caso sub iudice se circunscribe a determinar si la parte demandante ejecutó mayor cantidad de obra en dos contratos de construcción, en una clínica de Santa Marta, con el consentimiento de la entidad estatal demandada, y si por esta circunstancia se le debe condenar a pagar el enriquecimiento que recibió de aquellos.

ACTIO IN REM VERSO POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No procede en eventos de ejecución de un trabajo o servicio sin contrato escrito / ACTIO IN REM VERSO - Procedencia excepcional / ACTIO IN REM VERSO - Procede cuando la Administración constriñe a un particular para la ejecución de una prestación extracontractual / ACTIO IN REM VERSO - Por adquisición de bienes o servicios para evitar daños graves al derecho a la salud / ACTIO IN REM VERSO - Cuando la Administración adquiere bienes o servicios en situaciones de urgencia manifiesta / TESIS POR HECHOS CUMPLIDOS - No es absoluta

La jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la figura de la actio in rem verso, por enriquecimiento sin causa, en los eventos de ejecución material de un trabajo o servicio sin contrato escrito, fue unificada a través de sentencia del 19 de noviembre de 2012, en el proceso identificado con el número 24.897, providencia en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que la ejecución de prestaciones sin contrato – tratándose de entidades regidas por la Ley 80 de 1993- no justifica el pago, porque no se satisface un requisito de configuración de dicha teoría: que la conducta de las partes observe el ordenamiento jurídico. (...) Esta tesis o regla general –la imposibilidad de reconocer los “hechos cumplidos”- no es absoluta, porque la misma providencia precisó que hay eventos en los cuales es posible y además justo remunerar el enriquecimiento sin causa que se produzca, pese a la falta de contrato con las formalidades que exige la ley. Se trata de varios supuestos: i) tres identificados o nominados por la providencia y ii) otras situaciones que compartan las características de los enunciados antes. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la procedencia de la actio in rem verso por enriquecimiento sin causa, ante la existencia de circunstancias excepcionales, consultar sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

CONSTREÑIMIENTO O IMPOSICIÓN AL PARTICULAR POR LA ADMINISTRACIÓN PARA EJECUTAR PRESTACIONES DE BIENES O SERVICIOS - Es posible reconocerlas en dinero equivalente al enriquecimiento que percibe una parte y al empobrecimiento que sufre la otra / CONSTREÑIMIENTO O IMPOSICIÓN - Interpretación- Precedente jurisprudencial

La tarea del juez administrativo, en cada caso que juzga, consiste en subsumir el litigio específico en la tesis formulada por la Sala Plena de la Sección. Y tratándose de la primera causal, hay que verificar si el caso se enmarca en un supuesto de constreñimiento, imposición o supremacía de la entidad estatal sobre el particular, de manera que lo haya incitado y conducido a prestar el servicio o ejecutar la obra sin contrato escrito. La Sala ya ha realizado el test de subsunción

del caso en la pauta que trazó la providencia. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de enero de 2013 –exp. 19.045-, la Subsección C de la Sección Tercera resolvió una demanda con hechos y pretensiones similares a los del caso sub iudice. Se trataba de la prestación del mismo servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones y sobre los bienes de una entidad estatal, actividad que se prolongó después de que venció el contrato inicialmente celebrado. (...) En la misma línea indicada, en la sentencia del 13 de febrero de 2013 –exp. 24.969-, la Subsección A consideró que la Cámara de Representantes debía reconocer al demandante el perjuicio causado como consecuencia de la falta de pago del servicio de fotocopiado que prestó sin contrato desde el 14 de julio de 1998 hasta el 17 de septiembre de 1998, porque el contrato que existía se terminó, no obstante lo cual, los funcionarios de la Cámara, incluidos los Congresistas, continuaron ordenando sus servicios. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los precedentes jurisprudenciales que reconocen la procedencia de la actio in rem verso por enriquecimiento sin causa cuando se evidencia constreñimiento o imposición al particular para la ejecución de una prestación extracontractual, consultar sentencias de 30 de enero de 2013, Exp. 19045, CP. Enrique Gil Botero; y de 13 de febrero de 2013, Exp. 24969, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

AUSENCIA DE CONTRATO ESCRITO - Es posible reconocer el pago si se presta el servicio y entrega la obra / DEBER DE PAGAR POR PRESTACIONES EJECUTADAS - Reiteración jurisprudencial. Sentencia de unificación

No obstante faltar el contrato escrito, si se prestó el servicio, entregó el bien o la obra, es posible reconocer el pago que corresponda a esas actividades, porque en tales supuestos es injustificado que una parte se enriquezca y la otra se empobrezca, teniendo en cuenta que en semejantes eventos se autoriza pagar a quien ha violado la ley, pero por razones comprensibles por el derecho, tanto que en una ponderación de valores esta conducta queda justificada suficientemente: en el primer caso –constreñimiento al contratista- por la indefensión e inferioridad en que se encuentra el particular frente al Estado; en el segundo –afectación a la salud-, por el deber de proteger bienes más valiosos, como la salud y la vida; y en el tercero –urgencia manifiesta-, por la necesidad apremiante de evitar un daño mayor o para atender el que se causó o está provocando. En estos casos, y en otros que se parezcan, la sentencia de unificación permite pagarle a quien se empobrece en beneficio de otro sujeto que se enriquece con las prestaciones que aquél ejecuta para éste. Se trata de una cuestión de justicia o equidad con quien, a pesar de violar la ley, no merece soportar la disminución de su patrimonio, porque resulta irrazonable que lo padezca.

TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Configuración / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No se evidenció solicitud o constreñimiento por la administración / IMPROCEDENCIA DE LA ACTIO IN REM VERSO - Al acreditarse que las mayores cantidades de obra se ejecutaron sin la participación del Instituto de Seguros Sociales / ACTIO IN REM VERSO - No se configuró por negligencia de los actores

La Sala concluye que los demandantes, cada uno en sus respectivos contratos, no acreditaron haber recibido, por parte del representante legal del ISS, autorización o solicitud para ejecutar las mayores cantidades de obra. Y este aspecto era indispensable acreditarlo para pretender, con éxito, la protección judicial a través de la actio in rem verso, por enriquecimiento sin causa, pues persona alguna puede ejecutar un trabajo si la parte de la cual luego pretende su pago no participó efectivamente de la configuración de ese hecho. Concretamente, los demandantes

solo acreditan que ejecutaron las mayores cantidades de obra -de lo cual no hay duda en el proceso-, pero no que el representante de la entidad estatal las haya ordenado, pedido, solicitado, incluso constreñido o conminado a ejecutarlas. Y la participación efectiva y decisiva del funcionario competente de la entidad es definitiva para que prospere la actio in rem verso, porque mal podría un particular-contratista ejecutar mayores cantidades de obra no consentidas por quien quedará luego obligado a su pago.

MAYORES CANTIDADES DE OBRAS - Ejecutadas con posterioridad a las obras contratadas sin intervención de la administración que las ordenara / GRAVE IMPRUDENCIA DE CONTRATISTAS - Por ejecutar más obras sin acreditar ninguna orden

En los dos contratos objeto de este proceso se encuentra demostrado que las obras contratadas se terminaron, en un caso el 26 de diciembre y en el otro el 31 de diciembre de 1997. No obstante, con posterioridad a ambas fechas cada contratista ejecutó mayores cantidades de obra, y es a partir de allí que esta Sala echa de menos la intervención del representante de la entidad, ordenando o imponiendo la ejecución de esos trabajos. (...) En el mismo sentido, la arquitecta MARGARITA PEDROZA ARELLANO, auxiliar del ingeniero residente de los dos contratistas, informó que los trabajos de ambas obras continuaron ejecutándose en 1998; de donde infiere la Sala que los demandantes actuaron con grave imprudencia, pues habiendo entregado las obras contratadas en 1997, continuaron ejecutando más, sin acreditar en este proceso que el representante legal del ISS se los haya ordenado o pedido.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA SIN QUE MEDIE CONTRATO ESTATAL - No se puede predicar de servicios prestados por fuera del marco legal / ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS POR LA ADMINISTRACIÓN - Debe realizarse con el cumplimiento de los requisitos legales para celebrar contrato estatal / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No se configura cuando uno de los proveedores de los contratistas conocía qué parte era contractual y cuál no / OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE OBRA DE LOS CONTRATISTAS - Se acreditó grave descuido y negligencia de sus compromisos / ADICIÓN DE CONTRATOS DE OBRA - Eran necesarias para realizar mayores cantidades de obra

La Sala considera que si un proveedor de los dos contratistas conocía y distinguía qué parte de la obra era contractual y qué parte no, es injustificable que los entonces contratistas, y ahora demandantes, pretendan mostrar este comportamiento como constitutivo de un enriquecimiento sin causa, porque lo que se aprecia es un descuido grave y una negligencia en el manejo de las obligaciones, porque habiendo terminado sus compromisos contractuales en diciembre, decidieron hacer más cantidades de obra sin contrato, desde luego que con la esperanza o expectativa de cobrar sin mayores contratiempos, pero en todo caso con descuido y negligencia en la manera de celebrar los contratos con el Estado, que es lo que ahora castiga la ley, impidiéndoles recuperar los costos en los que incurrieron. (...) No puede entonces la Sala concederles la razón, porque no solo dejaron de acreditar que el representante del ISS propició la ejecución de las mayores cantidades de la obra, sino que la sola conducta de los dos contratistas, en los primeros meses de 1998, refleja la ausencia de buena fe que los acompañe, porque recién terminados los contratos suscritos decidieron ejecutar más cantidad de obra, sin razón suficiente que los impulsara a actuar de ese modo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 47001-23-31-000-2000-10277-01(37492)

Actor: ALBERTO ZÚÑIGA CABALLERO Y OTRO

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: ACTIO IN REM VERSO – Alcance - Sentencia de unificación / CONSTREÑIMIENTO E IMPOSICIÓN – Interpretación – precedentes jurisprudenciales / REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO - Ejecución sin contrato.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 25 de septiembre de 2008, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda. Advierte la Sala que confirmará esta decisión.

ANTECEDENTES

1. Demanda

El 7 de marzo de 2000, los señores Alberto Zúñiga Caballero y Rafael Méndez Campo interpusieron demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, contra el Instituto de los Seguros Sociales –en adelante ISS-, con el fin de que se acceda a las siguientes pretensiones –modificadas en la reforma que se hizo a la demanda-:

“PRIMERA. Declárase al SEGURO SOCIAL y su SECCIONAL MAGDALENA, que son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los doctores ALBERTO ZÚÑIGA CABALLERO Y RAFAEL MÉNDEZ

CAMPO, por la falla o falta del servicio de la Administración al omitir el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra y obras adicionales que resultaron en el desarrollo del objeto contractual de los contratos de obras civiles Números 066-97 y 076-97...”.

“SEGUNDA. Condénese, en consecuencia, a EL SEGURO SOCIAL, y su SECCIONAL MAGDALENA, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores, que demandan en conjunto y acumuladamente, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo:

- *“Para el Doctor ALBERTO ZÚÑIGA CABALLERO la suma de: (\$282’031.182) por las Mayores Cantidades de Obra y por las Obras Adicionales. Sin perjuicio a (sic) lo que resulte probado.*
- *“Para el Doctor RAFAEL MÉNDEZ CAMPO la suma de: (\$212’305.266) por las Mayores Cantidades de Obra y Obras Adicionales. Sin perjuicio a (sic) lo que resulte probado.*

“(...)”. –fls. 77 a 78, cdno. 1-

Como fundamento de estas pretensiones narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) El señor Alberto Zúñiga Caballero celebró con el ISS, Seccional Magdalena, el contrato No. 066 de 1997, cuyo objeto fue la *“ejecución de obras civiles y acabados zona 3, áreas quirúrgicas del segundo piso de la unidad básica de la Clínica Santa Marta”.*

b) De otro lado, el señor Rafael Méndez Campo celebró con el ISS, Seccional Magdalena, el contrato No. 076 de 1997, cuyo objeto fue la *“demolición del Auditorio, 1º y 2º pisos y zona norte 2º piso red hidrosanitaria, red contra incendio, mampostería, obra civil y acabados integración 2º piso y estructura de los ascensores unidad básica y zona norte”.*

c) Explicaron que la Gerencia del ISS, Seccional Magdalena, no analizó correctamente, desde el principio, si las obras definidas en cada contrato, y sus adiciones posteriores eran suficientes para ejecutar totalmente el alcance de cada objeto contractual. Al final resultaron insuficientes y las mayores cantidades que se reclaman fueron *“absolutamente necesarias para la culminación del objeto contractual”* –fl. 6, cdno. 1-.

Por lo anterior, los demandantes afirman que en los dos contratos se ejecutaron mayores cantidades de obra, ordenadas verbalmente por el ISS, que luego fueron objeto de reclamos en los Comités de Obra, del cual hacían parte el Gerente Administrativo, el Jefe de la Oficina Jurídica, el Jefe de Compras, los interventores y los contratistas. No obstante, nunca se dejó constancia en actas, ni la Gerencia Administrativa legalizó las obras a través de nuevos contratos, por lo que incurrió en *falla o falta* al no hacerlo.

d) La Gerencia del ISS ordenó medir y cuantificar los trabajos adicionales. El informe respectivo concluyó, como consta en un documento privado, que efectivamente se ejecutaron. Con esta prueba se acredita la existencia de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales. Ese documento, suscrito por los interventores, se convirtió en el “acta de revisión final de obra” de los contratos Nos. 066 y 076 de 1997, del 20 de octubre de 1998, firmada solo por el interventor del contrato No. 076 de 1997.

e) El 18 de junio de 1999 se realizó una diligencia judicial de práctica de una *prueba anticipada*, que consistió en una inspección judicial con intervención de peritos y reconocimiento de firma del documento privado referenciado antes, a la cual no se presentó el Gerente Administrativo del ISS, Seccional Magdalena. En dicha diligencia se reconoció la firma del documento privado, donde los interventores dejaron constancia de la existencia de mayores cantidades de obra y de las obras adicionales, tanto en el contrato No. 066 de 1997 como en el 076 de 1997.

Igualmente, un peritazgo realizado por un arquitecto hizo un cotejo entre el “acta final” de cada contrato y las medidas incluidas en el “documento privado” suscrito por los interventores, del cual resultó que el saldo a pagar por el contrato No. 066 de 1997, a 13 de julio de 1999, era de \$91'661.166,94; y del contrato No. 076 de 1997, para la misma fecha, era de \$42'016.737,13.

f) Finalmente, los demandantes aseguran que el ISS, Seccional Magdalena, “... *los engañó puesto que siempre les dijo que no suspendieran las obras...*” –fl. 8, cdno. 1- y que la situación se legalizaría con otro contrato, razón por la cual firmaron el acta de liquidación final de los contratos, confiando en la buena fe del ISS, pero ello no ocurrió, pese a que las obras se entregaron a finales de mayo de 1998.

2. Contestación de la demanda

El ISS se opuso a las pretensiones. Defendió su actuación contractual señalando que pagó al señor Rafael Méndez Campo –contratista del contrato No. 076 de 1997-, además del valor del contrato original, la suma de \$113'846.448, es decir, un 72.71% más por concepto de obras adicionales, mayores cantidades de obras ejecutadas y obras complementarias.

Agregó que al señor Alberto Zúñiga Caballero –contratista del contrato No. 066 de 1997- se le pagó, además del valor del contrato original, la suma de \$141'655.177, es decir, un 82.88% más del valor del contrato inicial, por concepto de obras adicionales, mayores cantidades de obras ejecutadas y obras complementarias – fl. 106, cdno. 1-.

Explicó que el ISS no autorizó ni profirió un acto administrativo justificando adicionar las obras, y como las mayores cantidades y otras adiciones alteraron el valor del mismo en más de un 20%, los contratistas debieron renunciar a continuar con la ejecución, porque afectaba la ecuación económica del negocio, conforme lo preveía la cláusula 15 de cada contrato.

Igualmente, manifestó que los interventores no tenían facultad para ordenar o autorizar la ejecución de trabajos o tareas por fuera de lo pactado –fl. 107, cdno. 1-; incluso, de acuerdo con la cláusula séptima de cada contrato, el contratista y el interventor debían diligenciar una “bitácora de obra” para registrar los detalles, modificaciones y actividades no previstas, pero no se tiene información acerca de ese libro en el que hubieren anotado o solicitado autorización para ejecutar obras adicionales y mayores cantidades de obra. Además, se necesitaba autorización y aprobación del ordenador del gasto, previa consulta de la disponibilidad presupuestal y expedición del certificado correspondiente ante el Departamento de Presupuesto Seccional de la entidad. Por tanto, a juicio del demandado, los contratistas se aventuraron a ejecutar las mayores cantidades de obra y obras adicionales sin cumplir con los requisitos legales.

Finalmente, propuso las excepciones de: i) *Contrato liquidado de mutuo acuerdo*, porque el No. 066 de 1997 se liquidó el 29 de diciembre de 1997 y el No. 076 de 1997 se liquidó el 5 de enero de 1998 y en ambas liquidaciones los contratistas

declararon al ISS a paz y salvo, motivo por el cual no procede demandar a la entidad.

ii) *Caducidad de la acción contractual*, porque la acción que se debió ejercer era la de controversias contractuales, no la de reparación directa, porque las reclamaciones proceden de la ejecución de dos contratos, pues se trata de mayores cantidades de obra, es decir, de un efecto directo del cumplimiento de dichos negocios. En consecuencia, la demanda se presentó pasados los dos (2) años que dispone la ley, contados desde la liquidación de cada contrato.

iii) *Falta de competencia*, porque en los dos contratos se pactó la cláusula compromisoria, así que este proceso lo debe conocer un tribunal de arbitramento –fls. 111 a 112, cdno. 1-.

3. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Ni las partes ni el Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda, en sentencia del 25 de septiembre de 2008.

Desestimó la *excepción de falta de jurisdicción*, por existencia de la cláusula compromisoria, porque las mayores cantidades de obra no hacían parte de los contratos, por eso su valor no podía incluirse en su liquidación. En consecuencia, por tratarse de *hechos cumplidos*, la acción es la de reparación directa, y la cláusula compromisoria no incluye esta clase de debates –fls. 400 a 401, cdno. Ppal.-.

También desestimó la *excepción de caducidad*, porque las obras cuyo valor se reclama se terminaron de ejecutar en marzo de 1998, y mientras corría el término de caducidad se convocó a una conciliación prejudicial, lo que suspendió el término, y finalmente la demanda se presentó el 7 de marzo de 200, dentro del tiempo legal –fl. 402, cdno. ppal.-.

En cuanto al fondo del litigio, y a la *excepción de liquidación bilateral* del contrato, concluyó que está acreditado que la entidad recibió y se benefició de las obras que en mayor cantidad ejecutaron los contratistas; y a su vez estos se empobrecieron correlativamente, de la siguiente manera: por la suma de \$68'132.391 en cuanto al señor Alberto Zúñiga Caballero, y por la suma de \$33'790.764 frente al señor Rafael Méndez Campo. Lo anterior, se acreditó con las inspecciones judiciales y los dictámenes que obran en el expediente, según los cuales la mayor cantidad de obra y las obras adicionales no han sido reconocidas ni pagadas por el ISS.

No obstante -añadió el *a quo*-, los anteriores presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa no son suficientes para acceder a las pretensiones. También se requiere que los vinculados al litigio hayan actuado de buena fe, y que no hayan vulnerado leyes de orden público. Al examinar este presupuesto, y apoyado en un informe de la Contraloría General de la República, concluyó que el ISS y los contratistas violaron la Ley 80 de 1993, por abstenerse de celebrar los contratos necesarios para justificar la ejecución de las mayores cantidades de obra y las obras adicionales. Eso significa que actuaron irregularmente, a sabiendas de la falta de respaldo jurídico, con la esperanza de legalizar la situación.

Adicionalmente, el tribunal administrativo destacó que los contratos Nos. 066 y 076 de 1997 se liquidaron de forma bilateral, a finales de 1997 y comienzos de 1998, declarando a paz y salvo al ISS; luego, si posteriormente se requería mayor cantidad de obra y obras adicionales, era necesario celebrar nuevos contratos y cumplir las exigencias de la Ley 80 de 1993. Esto significa que las partes eludieron conscientemente las normas que regulan la contratación y su ejecución, por tanto, no es posible protegerlos con la teoría del enriquecimiento sin causa y, por eso, el empobrecido debe soportar las consecuencias de sus actos u omisiones.

5. Recurso de apelación

Lo interpuso la parte demandante. Considera que debe declararse la responsabilidad del ISS por no legalizar, con un nuevo contrato, los hechos cumplidos que sucedieron con su conocimiento, sin que mediara suspensión de los trabajos.

De la sentencia apelada destacó que el Tribunal Administrativo encontró demostrada la ejecución de las mayores cantidades de obra y las obras adicionales, cuya existencia además fue reconocida por el ISS y evidenciada con la prueba pericial que obra en el proceso. Además, en el “acta de revisión final” de cada contrato, de fecha posterior a las “actas de liquidación” de los mismos, uno de los interventores consignó que se ejecutaron las mayores cantidades de obra y las obras adicionales no incluidas en dichas actas, y que eran necesarias para la correcta ejecución del objeto contractual.

También considera que era función de los interventores de los dos contratos autorizar la ejecución de los trabajos adicionales necesarios para la obra, como efectivamente lo hicieron, y que además uno de estos suscribió el “acta de revisión final”, lo que acredita la ejecución y autorización de los trabajos.

Afirma que el ISS autorizó tácitamente la ejecución de las obras adicionales, y que negar su pago atenta contra la buena fe y la confianza legítima, sobre todo porque eran indispensables para el contrato –fl. 432, cdno. 1-.

Añadió que no se demostró que el ISS hubiera rechazado la ejecución de las obras adicionales, por eso no admite el argumento del Tribunal, según el cual, los contratistas actuaron sin su autorización, cuando lo cierto es que los trabajos se ejecutaron bajo la observancia de esa institución, porque materialmente implicaban la entrada y salida de volquetas, de trabajadores y materiales, así que el trabajo se hizo a la vista de los implicados –fl. 432, cdno. ppal.-.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

6.1. *Parte demandada.* El ISS insistió en que los demandantes no demostraron contar con autorización para ejecutar las obras adicionales, ni probaron la cuantificación de las mismas, y tampoco cumplieron los requisitos que exige la Ley 80 de 1993. Además, solo pueden indemnizarse los daños ciertos, determinados o determinables, demostrados en el proceso, y no se acreditó la configuración del daño antijurídico relativo a un enriquecimiento de la entidad y al correlativo empobrecimiento de los demandantes. Además, nadie puede alegar en su favor la torpeza o culpa propia, como lo hacen los demandantes –fls. 453 y ss., cdno. 1-.

6.2. *Parte demandante y Ministerio Público.* Los demandantes y el Ministerio Público no intervinieron en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del caso *sub iudice* se circunscribe a determinar si la parte demandante ejecutó mayor cantidad de obra en dos contratos de construcción, en una clínica de Santa Marta, con el consentimiento de la entidad estatal demandada, y si por esta circunstancia se le debe condenar a pagar el enriquecimiento que recibió de aquellos.

Para resolver el conflicto, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* competencia para decidir el recurso de apelación; *ii)* la *actio in rem verso* en la jurisprudencia del Consejo de Estado, al interior del cual se examinará: *a)* la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y *b)* algunos casos exceptuados por la jurisprudencia posterior, en aplicación del literal *a)* de la sentencia de unificación; *iii)* análisis del caso concreto, a partir de lo probado en el proceso, y *iv)* la condena en costas.

1. Competencia

Para que el asunto tenga vocación de doble instancia, la cuantía del proceso debe exceder de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 2000¹. Dado que en la demanda se solicitaron \$282'031.182 por concepto de perjuicios materiales, se impone concluir que esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto.

2. *Actio in rem verso* en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Antes de considerar el caso concreto, la Sala recordará el estado de la jurisprudencia sobre las pretensiones que tienen por fundamento la ejecución de trabajos o la prestación de servicios sin contrato, para enfocar, a partir de allí, la solución del caso *sub iudice*.

¹ El salario mínimo para el año 2000 fue de \$260.100, por lo que 500 SMLMV equivalía a la suma de \$130'050.000.

2.1. Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado

La jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la figura de la *actio in rem verso*, por enriquecimiento sin causa, en los eventos de ejecución material de un trabajo o servicio sin contrato escrito, fue unificada a través de sentencia del 19 de noviembre de 2012, en el proceso identificado con el número 24.897, providencia en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que la ejecución de prestaciones sin contrato – tratándose de entidades regidas por la Ley 80 de 1993- no justifica el pago, porque no se satisface un requisito de configuración de dicha teoría: que la conducta de las partes observe el ordenamiento jurídico. Explicó la providencia:

*“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia² a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831³ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

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

“No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

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

² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

³ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

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

(...)

“Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”⁴

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

Esta tesis o regla general –la imposibilidad de reconocer los “hechos cumplidos”- no es absoluta, porque la misma providencia precisó que hay eventos en los cuales es posible y además justo remunerar el enriquecimiento sin causa que se produzca, pese a la falta de contrato con las formalidades que exige la ley. Se trata de varios supuestos: i) tres identificados o nominados por la providencia y ii) otras situaciones que compartan las características de los enunciados antes. Afirma la providencia:

“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:

⁴ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

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

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

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

En estos casos, no obstante faltar el contrato escrito, si se prestó el servicio, entregó el bien o la obra, es posible reconocer el pago que corresponda a esas actividades, porque en tales supuestos es injustificado que una parte se enriquezca y la otra se empobrezca, teniendo en cuenta que en semejantes eventos se autoriza pagar a quien ha violado la ley, pero por razones comprensibles por el derecho, tanto que en una ponderación de valores esta conducta queda justificada suficientemente: en el *primer caso* –constreñimiento al contratista- por la indefensión e inferioridad en que se encuentra el particular frente al Estado; en el *segundo* –afectación a la salud-, por el deber de proteger bienes más valiosos, como la salud y la vida; y en el *tercero* –urgencia manifiesta-, por la necesidad apremiante de evitar un daño mayor o para atender el que se causó o está provocando.

En estos casos, y en otros que se parezcan, la sentencia de unificación permite pagarle a quien se empobrece en beneficio de otro sujeto que se enriquece con las prestaciones que aquél ejecuta para éste. Se trata de una cuestión de justicia o equidad con quien, a pesar de violar la ley, no merece soportar la disminución de su patrimonio, porque resulta irrazonable que lo padezca.

2.2. Casos exceptuados por la jurisprudencia, en aplicación del literal a) de la sentencia de unificación: *constreñimiento o imposición al particular*

De conformidad con el literal a) de la providencia citada antes, es posible reconocer el dinero equivalente al enriquecimiento que percibe una parte y al empobrecimiento que sufre otra, cuando “... *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*”.

La tarea del juez administrativo, en cada caso que juzga, consiste en subsumir el litigio específico en la tesis formulada por la Sala Plena de la Sección. Y tratándose de la primera causal, hay que verificar si el caso se enmarca en un supuesto de constreñimiento, imposición o supremacía de la entidad estatal sobre el particular, de manera que lo haya incitado y conducido a prestar el servicio o ejecutar la obra sin contrato escrito.

La Sala ya ha realizado el *test* de subsunción del caso en la pauta que trazó la providencia. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de enero de 2013 –exp. 19.045-, la Subsección C de la Sección Tercera resolvió una demanda con hechos y pretensiones similares a los del caso *sub iudice*. Se trataba de la prestación del mismo servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones y sobre los bienes de una entidad estatal, actividad que se prolongó después de que venció el contrato inicialmente celebrado.

La Subsección consideró que los hechos descritos se ajustaban a la primera causal de las excepciones previstas por la Sala Plena en la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, porque la entidad instó a la empresa de vigilancia a prestar el servicio después de que venció el contrato, porque presionó

a la empresa indicándole que no podía dejar sin seguridad los bienes públicos y porque de abandonar su actividad se afectaba la asegurabilidad de los bienes que estaban cubiertos con las pólizas de las compañías de seguros. Explicó la Sala:

“En estos términos, la Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2.012, que exige para la configuración del enriquecimiento sin causa que ‘... 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’; lo que en el caso concreto se presentó, de lo cual no hay duda –las pruebas se analizaron antes- fue el municipio quien condujo al contratista a mantener la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, que es una actividad absolutamente sensible para ella: la protección de sus bienes, su infraestructura y sus funcionarios.

“Lo ‘fehaciente’ o ‘evidente’ del hecho está demostrado, porque las pruebas indican, con claridad, que el contratista pidió insistentemente al municipio, antes y durante la prestación del servicio, que se legalizara la situación para mantenerse en los puestos de trabajo, pero la entidad no lo hizo, haciendo que todos los días tuviera que atender los puestos de trabajo, con el riesgo de retirarse y asumir las consecuencias negativas que se derivaran del abandono del lugar.

(...)

“En estos términos, no se advierte la culpa del contratista, pero sí la presión material que ejerció la entidad sobre aquél, pues su intención declarada fue ayudar en el grave problema que tenía la administración: una alcaldesa recién posesionada, sin contrato de vigilancia para los bienes y el personal de la entidad. La culpa y responsabilidad del municipio, en cambio, es evidente.

“De esta manera, la alcaldesa impuso al contratista, de facto o por la fuerza de los hechos, mantenerse en los puestos de trabajo, para proteger los bienes de la institución, porque es evidente que si se retiraba el personal de vigilancia, las consecuencias negativas sobre el patrimonio y la integridad de los mismos era evidente. Una empresa de seguridad responsable, en estas condiciones, y más tratándose de una entidad estatal, perfectamente siente que su deber es atender las obligaciones que hasta cierto momento contaban con el respaldo de un contrato. Y es que no se trata de cualquier objeto contractual, que se puede abandonar a su suerte, sin generar peligro para las cosas o las personas; se trata de uno que demanda la presencia constante de sus ejecutores, y de eso se aprovechó la entidad, más que el contratista, para impedir que se abandonaran los puestos de trabajo.

“En este orden de pensamiento, se considera que la entidad sí le impuso al contratista la ejecución del trabajo, con posterioridad a la terminación del negocio

jurídico que habían celebrado, presión que, sin duda, se ejerció en virtud de lo sensible y delicados que eran los bienes que quedarían abandonados, ya que la entidad no podía permitir que se dañaran o deterioraran con su desamparo. Claro está que esto riñe con la legalidad de las formas de actuación de la administración, porque se debió adelantar un proceso de selección del nuevo contratista, tema que, en todo caso, no es necesario analizar aquí, porque carece de importancia para establecer si el municipio se enriqueció o no sin justa causa”.

En la misma línea indicada, en la sentencia del 13 de febrero de 2013 –exp. 24.969-, la Subsección A consideró que la Cámara de Representantes debía reconocer al demandante el perjuicio causado como consecuencia de la falta de pago del servicio de fotocopiado que prestó sin contrato desde el 14 de julio de 1998 hasta el 17 de septiembre de 1998, porque el contrato que existía se terminó, no obstante lo cual, los funcionarios de la Cámara, incluidos los Congresistas, continuaron ordenando sus servicios.

La Sala consideró que la posición en la cual se puso al particular se enmarca en la sentencia de unificación, específicamente en la causal primera, porque se demostró que la entidad provocó e impuso esa conducta al particular, además de que se le permitió continuar con su actividad económica en las instalaciones de la institución. Explicó la providencia:

“La Sala encuentra que en el presente caso concreto se configuró la primera de las causales que permitirían la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa como fuente autónoma de la obligación de reparar por parte del Estado.

“En efecto, de las pruebas obrantes en el expediente la Sala encuentra, tal como lo hizo el Tribunal a quo, que el carácter asimétrico de la relación existente entre el señor Helmy Cuecha Leal y la Cámara de Representantes tuvo la entidad suficiente para que se considere que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad y de su imperium la que 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, cuestión que se evidencia a partir de la existencia de las 1422 órdenes de fotocopiado allegadas al expediente, emitidas por diversos Representantes a la Cámara y por los mismos servicios administrativos de la demandada, las cuales tenían como destino el centro de copiado del señor Helmy Cuecha para que fueran satisfechas por éste; agréguese a lo anterior que durante el período aludido –esto es entre el 14 de julio y el 17 de septiembre de 1998– se le permitió al señor Cuecha Leal continuar ejerciendo su actividad económica en el recinto de la Honorable Cámara de Representantes.

“En este sentido es de recalcar que no le asiste razón a la parte demandada en cuanto afirmó que no existe en el expediente disposición alguna de ‘funcionario que pudiere comprometer la responsabilidad de la Corporación [mediante la cual] le ordenó que siguiera prestando el servicio’ (fl. 103 c ppal), puesto que las 1422 órdenes de servicio de copiado que la parte actora aportó al expediente dan cuenta justamente de todo lo contrario, esto es que los Honorables Representantes a la Cámara continuaron solicitando el servicio que le prestaba el señor Cuecha Leal a dicha entidad pública en el período referido y a cuya atención o satisfacción en realidad no le era posible sustraerse”.

En los términos indicados por esta jurisprudencia, a continuación se examinará si el caso concreto se subsume en algún supuesto admitido por la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera para acceder a la pretensión de pago por enriquecimiento sin causa o si, por el contrario, no se ajusta a ninguna circunstancia excepcional que lo admite.

3. Análisis del caso concreto, a partir de lo probado en el proceso

3.1. Hechos acreditados y valoración de las pruebas respectivas

En el expediente se encuentra acreditado que:

a) Entre Alberto Zúñiga Caballero y el ISS se suscribió, el 7 de octubre de 1997, el contrato No. 066, cuyo objeto fue la *“ejecución de obras civiles y acabados zona 3, áreas quirúrgicas UCI del segundo piso de la unidad básica de la Clínica Santa Marta”*, por un valor de \$170'895.619 y un plazo de 60 días calendario.

Este contrato se adicionó, el 9 de diciembre de 1997, ampliando el valor en \$46'996.332 y el plazo en 17 días más –fls. 177 y ss., cdno. 1-.

b) También se encuentra demostrado que entre Rafael Méndez Campo y el ISS se suscribió, el 14 de noviembre de 1997, el contrato No. 076, cuyo objeto fue la *“demolición del auditorio 1º y 2º pisos y zona norte 2º piso, red hidrosanitaria, red contra incendio, mampostería, obra civil y acabados, integración 2º piso y estructura de los ascensores unidad básica y zona norte de la Clínica Santa Marta”*⁵, por un valor de \$156'562.876 y con un plazo de 40 días calendario.

⁵ Fls. 169 a 175 y 182 a 188 c 1.

Las obras empezaron a ejecutarse el 14 de noviembre de 1997, según consta en el acta de inicio que obra a folio 158, del cdno. 1.

El contrato se adicionó el 12 de diciembre de 1997, incluyendo obras que incrementaron su valor, pero no se modificó el plazo –fls. 129 y 152, cdno. 1-.

c) El contrato No. 066 fue liquidado por las partes. Según esa acta, que se suscribió el 29 de diciembre de 1997, las obras se entregaron el 26 de diciembre de 1997 y el contratista manifestó que el ISS quedaba a paz y salvo –fls. 166 y ss.-.

d) El contrato No. 076 también fue liquidado por las partes. El acta se suscribió el 5 de enero de 1998, y consta que las obras se entregaron el 31 de diciembre de 1997 y que el contratista manifestó que el ISS quedaba a paz y salvo –fls. 143, 150 y 151-.

e) También está acreditado en el expediente que durante la ejecución de los dos contratos se realizó más cantidad de obra de la acordada, lo cual se acredita con la diligencia de inspección judicial realizada el 18 de junio de 1999, como prueba anticipada, en la que consta que el ingeniero Jaime Santander Bermúdez, que trabajó al servicio de la interventoría, ratificó que la medición de las cantidades de obra se dejó consignada en un documento que él suscribió, y que da cuenta de este hecho –fls. 20 y ss., cdno. 1-.

Adicionalmente, se cuenta en el proceso con varios testimonios que coinciden con el dato anterior, es decir, que confirman que se ejecutó mayor cantidad de obra, de la manera que se explicará más adelante.

f) También es importante aclarar que para la época de los hechos -1997 a 1998-, el ISS se regía por la Ley 80 de 1993, de manera que sus contratos debían constar por escrito, eran solemnes -salvo los que fueran resultado de la “urgencia manifiesta”-, porque así lo ordena el artículo 41 de dicha legislación.

3.2. Concreción de la falta de configuración de la teoría del enriquecimiento sin causa, por ausencia de participación del ISS y negligencia de los demandantes

En los términos indicados hasta ahora, todo significaría que por haberse ejecutado mayores cantidades de obra, por haberse beneficiado la entidad estatal con ellas y haberse afectado negativamente el patrimonio de los demandantes, el juez debería reconocer el enriquecimiento injustificado que percibió la entidad.

Sin embargo, todavía no se puede concluir algo semejante, porque resta por examinar si se configuraron o no otros elementos de la teoría que invocaron en la demanda, tan importantes como los anteriores, para acceder a las pretensiones: *que el ISS haya provocado o propiciado la ejecución de las obras y que los demandantes hayan actuado de buena fe.*

Al considerar estos aspectos, la Sala concluye que los demandantes, cada uno en sus respectivos contratos, no acreditaron haber recibido, por parte del representante legal del ISS, autorización o solicitud para ejecutar las mayores cantidades de obra. Y este aspecto era indispensable acreditarlo para pretender, con éxito, la protección judicial a través de la *actio in rem verso*, por enriquecimiento sin causa, pues persona alguna puede ejecutar un trabajo si la parte de la cual luego pretende su pago no participó efectivamente de la configuración de ese hecho.

Concretamente, los demandantes solo acreditan que ejecutaron las mayores cantidades de obra -de lo cual no hay duda en el proceso-, pero no que el representante de la entidad estatal las haya ordenado, pedido, solicitado, incluso constreñido o conminado a ejecutarlas. Y la participación efectiva y decisiva del funcionario competente de la entidad es definitiva para que prospere la *actio in rem verso*, porque mal podría un particular-contratista ejecutar mayores cantidades de obra no consentidas por quien quedará luego obligado a su pago.

En los dos contratos objeto de este proceso se encuentra demostrado que las obras contratadas se terminaron, en un caso el 26 de diciembre y en el otro el 31 de diciembre de 1997. No obstante, con posterioridad a ambas fechas cada contratista ejecutó mayores cantidades de obra, y es a partir de allí que esta Sala echa de menos la intervención del representante de la entidad, ordenando o imponiendo la ejecución de esos trabajos.

Ahora bien, que las cantidades reclamadas en este proceso se ejecutaron después de la entrega de las obras contratadas, se apoya en los testimonios de

personas que estuvieron cerca de la obra y dan cuenta coherente de este hecho. Por ejemplo, el señor MARIO MARTÍNEZ BOHÓRQUEZ, encargado de dirigir algunos de los trabajos, por parte de los dos contratistas, explicó que la ejecución no terminó en diciembre de 1997 sino en marzo de 1998 –fls. 275 a 276, cdno. 1- y que los problemas de pago que conoció se debieron a la obra ejecutada en 1998, es decir, cuando ya no estaban vigentes los dos contratos.

En el mismo sentido, la arquitecta MARGARITA PEDROZA ARELLANO, auxiliar del ingeniero residente de los dos contratistas, informó que los trabajos de ambas obras continuaron ejecutándose en 1998 -fl. 278, cdno. 1-; de donde infiere la Sala que los demandantes actuaron con grave imprudencia, pues habiendo entregado las obras contratadas en 1997, continuaron ejecutando más, sin acreditar en este proceso que el representante legal del ISS se los haya ordenado o pedido.

El señor ANIBAL GELVES ROJAS también declaró, pero solo en relación con el contrato suscrito con el señor Rafael Méndez Campo. Indicó que las obras que no le pagaron fueron las ejecutadas en 1998 -es decir, luego de entregar el trabajo contratado-. Explicó:

“Estoy aquí porque el señor Méndez me comentó que a él no le habían pagado unos trabajos adicionales que él hizo en los primeros meses de 1998 en la clínica del ISS. Yo le suministré unos recipientes en acero inoxidable y lavados médicos que son pocetas grandes de acero inoxidable, las que instalamos en la segunda planta en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), esos trabajos se entregaron a principios del mes de febrero de 1998 y la instaló mi empresa...” –fls. 282 a 283, cdno. 1-.

El señor RONY S BOTERO VARELA, instalador de redes de tuberías varias – incendio, aguas negras, agua potable y otras- declaró que ejecutó obras contractuales y otras adicionales, y de estas últimas precisó: *“... yo ejecuté desde el 5 de febrero al 26 de marzo de 1998...”* –fl. 286, cdno. 1-, lo que para la Sala significa y confirma que una vez culminó el objeto contractual –en diciembre de 1997- los dos contratistas demandantes asumieron la ejecución de mayores cantidades de obra, con conciencia clara de que habían terminado el alcance de los contratos iniciales, incluidos los adicionales, de modo que se expusieron conscientemente al riesgo de no poder cobrar, pues no había contrato que los respaldara.

Otro testigo confirma lo expresado hasta ahora, es decir, que la ejecución de los trabajos realizada en el año 1998 se hizo con absoluta claridad de que los dos contratos habían terminado en diciembre de 1997. Se trata del señor JOSÉ ANTONIO PADILLA, proveedor de arena, ladrillos y otros materiales, quien explicó, en relación con los dos contratos de obra, que *“... los trabajos se prolongaron porque salieron obras demás que no estaban contratadas y terminamos aproximadamente en marzo a abril de 1998...”*.

La Sala considera que si un proveedor de los dos contratistas conocía y distinguía qué parte de la obra era contractual y qué parte no, es injustificable que los entonces contratistas, y ahora demandantes, pretendan mostrar este comportamiento como constitutivo de un enriquecimiento sin causa, porque lo que se aprecia es un descuido grave y una negligencia en el manejo de las obligaciones, porque habiendo terminado sus compromisos contractuales en diciembre, decidieron hacer más cantidades de obra sin contrato, desde luego que con la esperanza o expectativa de cobrar sin mayores contratiempos, pero en todo caso con descuido y negligencia en la manera de celebrar los contratos con el Estado, que es lo que ahora castiga la ley, impidiéndoles recuperar los costos en los que incurrieron.

Al ponderar estos testimonios, y otros que no se citan porque simplemente reiteran esta conclusión –por ejemplo, el del señor JAVIER BLANCO MARENCO, que desempeñó el cargo de residente de obra por parte de los dos contratistas (fls. 294 y ss., cdno. 1)- se concluye que si las obras contratadas se habían ejecutado en diciembre de 1997, no se entiende porqué los dos demandantes realizaron luego mayores cantidades, a sabiendas de que se necesitaba una adición a los contratos para poder ejecutarlas.

No puede entonces la Sala concederles la razón, porque no solo dejaron de acreditar que el representante del ISS propició la ejecución de las mayores cantidades de la obra, sino que la sola conducta de los dos contratistas, en los primeros meses de 1998, refleja la ausencia de buena fe que los acompañe, porque recién terminados los contratos suscritos decidieron ejecutar más cantidad de obra, sin razón suficiente que los impulsara a actuar de ese modo.

4. Condena en costas

Teniendo en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 dispone que solo hay lugar a condenar en costas cuando alguna parte actúa temerariamente, en el presente asunto no se impondrán porque ninguna obró de ese modo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 25 de septiembre de 2008, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA