

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procedencia. Regla general / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Regla general. Esta acción versa sobre relaciones contractuales conformes a las solemnidades legales

La Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. (...) 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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 INCISO 4 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 831 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 8

PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Actio in rem verso o acción de enriquecimiento sin justa causa / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Aplicación del principio de la buena fe: objetiva y subjetiva

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

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procedencia excepcional. Eventos reconocidos por la jurisprudencia y su aplicación restrictiva

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.

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Diferenciación entre enriquecimiento sin justa causa y actio in rem verso

Si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Acción autónoma

La autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. (...) lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración. (...) Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y

esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental.

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procedimiento aplicable: Competencia y término de caducidad de la acción / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Competencia / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Término de caducidad. Aplicación del principio de la doble instancia / DOBLE INSTANCIA - Actio in rem verso. Competencia por cuantía

Todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción. Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibídem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento. Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos. Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 134B / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 134D / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 206

ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - No procede. Deniega las pretensiones por cuanto se omitió la solemnidad legal / DENIEGA PRETENSIONES - Actio in rem verso o acción de enriquecimiento sin justa causa. Omisión en el cumplimiento de la solemnidad legal

En este asunto el demandante ha apoyado sus pretensiones en el hecho de haber celebrado con la administración varios contratos verbales y con fundamento en estos construye sus reclamaciones económicas. Este petitum así aducido y con tales fundamentos ya lo hacen impróspero puesto que en términos sencillos el demandante reclama derechos económicos derivados de contratos que nunca existieron por haberse omitido la solemnidad que la ley imperativamente exige para su formación o perfeccionamiento, lo que en otros términos significa que si no existieron los contratos tampoco se produjeron los efectos que les serían propios y por ende nada puede reclamarse con base en lo inexistente. (...) Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley.(...) Tampoco aparece rastro probatorio alguno que indique que se trata de aquellos otros dos casos de excepción en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta con las condiciones que esta providencia exige. (...) En síntesis, como el enriquecimiento sin causa no

puede pretenderse para desconocer o eludir normas imperativas y como quiera que el Tribunal acogió las pretensiones de la demanda con fundamento en un enriquecimiento incausado, sin que ello fuera procedente, la sentencia apelada será revocada para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

COPIAS - No se decreta su expedición / COPIAS - Expediente. No se decreta su expedición

No se ordenará compulsar copias toda vez que en el expediente aparece que estas fueron ordenadas por el Tribunal Administrativo del Tolima al momento de resolver sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio adelantado entre las partes sobre el tema aquí debatido.

NOTA DE RELATORIA: Este fallo fue proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y salvamento parcial de voto de los consejeros Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA

Demandado: MUNICIPIO DE MELGAR

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)

Procede la Sala previa unificación jurisprudencial en materia de enriquecimiento sin causa y de *actio de in rem verso*¹ a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 10 de marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual negó la existencia de contrato alguno entre las partes, declaró que el municipio de Melgar

¹ Esta providencia de unificación jurisprudencial ha sido proferida con fundamento en el proyecto presentado por el Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y recoge lo pertinente de los diversos proyectos presentados a consideración de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en relación con el enriquecimiento sin causa y *actio de in rem verso*, por los Honorables Consejeros: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo ([exp. 22740](#)), Dr. Mauricio Fajardo Gómez ([exp. 18473](#)), Dr. Enrique Gil Botero ([exps. 19045, 41000 y 43782](#)), Dr. Danilo Rojas Betancourth (E) ([exp. 39495](#)) y Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera ([exp. 42993](#))

se enriqueció sin justa causa a expensas del contratista, lo condenó al pago de \$172.531.311,80., y negó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 26 de septiembre de 2000² contra el **Municipio de Melgar, Manuel Ricardo Pérez Posada** pidió que se declarara que entre las partes se celebraron tres (3) contratos verbales para la realización de unas obras en la calle 7ª entre carreras 15 y 18 del municipio, así como en la carrera 18 entre calles 7ª y 7ª A.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de la suma de \$122.061.962,7, debidamente actualizada y con intereses moratorios a una tasa mensual del 2.7%, por concepto de las obras realizadas en virtud de los contratos.

En subsidio pidió que se declarara que entre las partes se celebraron tres (3) contratos verbales para la realización de unas obras en la calle 7ª entre carreras 15 y 18 del municipio, así como en la carrera 18 entre calles 7ª y 7ª A.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de la suma de \$122.061.962,71, junto con los intereses moratorios señalados en el artículo 884 del Código de comercio, por concepto de las obras realizadas en virtud de los contratos.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 2 de abril de 1998 demandante y demandado celebraron el contrato de obra pública No. 008 por medio del cual aquel se obligó a ejecutar para éste la ampliación de la calle 7ª entre las carreras 19 y 18 del municipio de Melgar, departamento del Tolima.

El término de duración se pactó en 30 días contados a partir de la expedición del acta de iniciación de las obras y de la entrega del anticipo.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$25.514.064 del cual se pagaría, una vez legalizado, el 50% como anticipo, un 25% al corte parcial de la obra y el restante 25% una vez finalizado el objeto contractual.

El 6 de abril de 1998, las partes suscribieron el acta de recibo final de las obras del contrato No. 008 de 1998.

Con el objeto de adicionar dicho contrato, las partes celebraron tres (3) acuerdos verbales por medio de los cuales el contratista se comprometió, en primer lugar a ejecutar para el municipio de Melgar la pavimentación de la carrera 18 entre calles 7ª y 7ª A y de la calle 7ª entre carreras 18 y 17; en segundo lugar, de la calle 7ª entre carreras 17 y 16; y, finalmente, de la calle 7ª entre carreras 16 y 15.

² Folios 79 a 96 del c. No. 1.

El 23 de julio de 1998, el Interventor de las obras informó al municipio de Melgar que el contratista ya había ejecutado el objeto de los contratos adicionales, esto es la pavimentación de la calle 7ª entre carreras 18 y 15 y de la carrera 18 entre calles 7ª y 7ªA.

Así mismo, el 16 de febrero de 1999 y el 20 de mayo de 1999, la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Melgar certificó que el contratista había ejecutado las obras adicionales.

Las partes suscribieron dos actas de conciliación, una el 13 de enero y la otra el 15 de marzo de 1999, en las que consta que el municipio de Melgar se comprometió a pagar al contratista la suma de \$146.689.994, más los intereses moratorios a una tasa del 2.7% mensual, como contraprestación por las obras ejecutadas.

El Tribunal Administrativo del Tolima no aprobó los acuerdos conciliatorios en razón a que en el primero no constaba la lista oficial de precios utilizada para la liquidación de los contratos y en el segundo no se había allegado la prueba de los contratos adicionales que eran la causa del conflicto, situación ésta última que lo llevó a remitir copias a la Fiscalía y a la Procuraduría para que realizaran las investigaciones pertinentes.

El 19 de mayo de 1999 se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos, la cual fue solicitada por el contratista como prueba anticipada ante el Juez Segundo Civil del Circuito, donde se constató que el contratista había realizado unas obras sobre la calle 7ª entre carreras 18 y 15 y sobre la carrera 18 entre calles 7ª y 7ªA.

El 23 de agosto de 2000, las partes celebraron otra audiencia de conciliación pero esta vez el municipio de Melgar se abstuvo de acordar una fórmula de arreglo en razón a que estaba en curso una investigación por la celebración de los contratos.

A la fecha de presentación de la demanda no se ha cancelado el valor de las obras ejecutadas por el contratista debido a que los contratos aún no constan por escrito.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo aprovechó la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 10 de marzo de 2003 el Tribunal Administrativo del Tolima negó la existencia de contrato alguno entre las partes, declaró que el municipio de Melgar se enriqueció sin justa causa a expensas del contratista, lo condenó al pago de \$172.531.311,80., y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Los artículos 41 de la ley 80 de 1993 y 71 del decreto ley 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto establecen, respectivamente, que los contratos estatales se perfeccionan cuando *se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleva a escrito*, y que *todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad*, de ahí que los acuerdos verbales celebrados por las partes para adicionar el contrato No. 008 de 1998 no hayan nacido a la vida jurídica.

La inexistencia de los contratos adicionales no impide reconocer que el demandante gastó \$122.461.962,70 en la pavimentación de la calle 7ª entre carreras 18 y 15 y de la carrera 18 entre calles 7ª y 7ªA del municipio de Melgar.

Como el principio *iura novit curia* permite adecuar la acción contractual a la *de in rem verso*, el Tribunal decide acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el municipio de Melgar se enriqueció sin justa causa a expensas del patrimonio del demandante quien además, carece de cualquier otra acción para formular su reclamación.

El *a quo* condena al municipio de Melgar al pago de la suma de \$122.461.962,70, la que una vez actualizada asciende a \$172.531.311,80, por concepto de las obras ejecutadas por el demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandada interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda con base en unos documentos que carecen de valor probatorio en virtud de que fueron aportados al proceso en copia simple.

Por otro lado, el recurrente solicita que se declare la nulidad de lo actuado a partir de los alegatos de conclusión en razón a que la adecuación de la acción contractual a la *de in rem verso* realizada en el fallo de primera instancia vulneró su derecho de defensa y en consecuencia el debido proceso que debe regir las actuaciones judiciales.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser revocada y así lo solicita.

Fundamenta su solicitud en las siguientes razones:

Para empezar manifiesta su conformidad con la postura del Tribunal según la cual el enriquecimiento sin causa del municipio de Melgar a expensas del demandante lo obligó, en virtud del principio *iura novit curia*, a estudiar las pretensiones de la demanda a la luz de la acción *de in rem verso*.

A continuación considera que el Tribunal transgredió el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil según el cual toda decisión judicial debe fundarse en las

pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, puesto que resolvió acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en unos documentos allegados en copia simple haciendo caso omiso de las reglas establecidas en el artículo 254 del mismo cuerpo normativo sobre el valor probatorio de las copias.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

Breve recuento sobre el origen y la evolución de la *actio de in rem verso*³

1. Este breve recuento sobre el origen y la evolución de la *actio de in rem verso* se justifica en la medida en que permite arrojar luces sobre la razón de ser de los elementos que hoy en día tanto doctrina como jurisprudencia exigen para su procedencia.

Es lugar común afirmar que la *actio de in rem verso* tiene su fundamento en un pasaje del Digesto en el que se expresa que “*por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro*”,⁴ empero lo que

³ Lo expuesto en éste aparte sobre la *actio de in rem verso*, resume en lo pertinente lo que sobre el tema se plantea en la bibliografía que se relaciona a continuación, principalmente el excelente estudio de J. BARRIENTOS GRANDON. *La Actio de in rem verso en la literatura francesa de Pothier a L'arret Boudier*. En Revista de Historia del Derecho Privado No. III, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho “Juán de Solórzano y Pereyra, 2000, el cual se recomienda para absolver cualquier duda doctrinal sobre la materia: C. AUGUSTO CANNATA. *Cum alterius et iniuria fieri locupletiore*. *L'arricchimento ingiustificato nel Diritto Romano*. En *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2005; K. LUIG. *Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchimento nel usus modernus*. En *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2005; P. REMY. *Les restitutions dans un système de quasi-contrats: L'expérience française*. En *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2005; M. CASTILLA BAREA *La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: La justificación de su carácter subsidiario*. En *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2005; L. VACCA. *Osservazioni in tema di “condictio” e “arricchimento senza causa” nel diritto romano classico*. En *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*. Poitiers, Université de Poitiers, 2007; J.-M. AUGUSTIN. *Introduction Historique à l'enrichissement sans cause en droit français*. En *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*. Poitiers, Université de Poitiers, 2007; M. ASCHERI. *Fonti di base sull'indebito per l'età del diritto comune*. En *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*. Poitiers, Université de Poitiers, 2007; P. REMY. *Le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*. En *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*. Poitiers, Université de Poitiers, 2007; J. BEAUCHARD. *Etudes sur l'enrichissement sans cause: La faute de l'appauvri*. En *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*. Poitiers, Université de Poitiers, 2007; F. ASTONE. *L'arricchimento senza causa*. Milano, Giuffrè Editore, 1999; P. GALLO. *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, Torino, Utet, 2008; P. GALLO. *L'arricchimento senza causa*. Padova, CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990; P. TRIMARCHI. *L'arricchimento senza causa*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962; F. GORÉ. *L'enrichissement aux dépens d'autre*. Paris, Librairie Dalloz, 1949; AUBRY y RAU. *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Godde, Successeurs 1917; A. GUZMAN BRITO. *Derecho privado romano*. t. II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996; F. SCHULZ. *Derecho romano clásico*. José Santa Cruz Teigeiro, trad. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960; R. ZIMMERMANN. *The law of obligations*. New York, Clarendon Press-Oxford, 1996. H. GROTIUS. *Le droit de la guerre et de la paix*. Jean Barbeyrac, trad. Caen, Université de Caen, 1984; R. J. POTHIER. *Tratado de los contratos de beneficencia*. Apéndice. *Del cuasi-contrato negotiorum gestorum*. Sociedad de Amigos Colaboradores, trad. Barcelona, Imprenta de J. Roger Editor, 1845; L. JOSSERAND. *Derecho civil*, t. II, vol 1, Santiago Cunchillos y manterola, trad., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa y Bosch, 1993; M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009.

⁴ D. 50. 17. 206 (Pomponius libro IX. Ex variis Lectionibus): *Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*.

normalmente no se advierte es que ese pasaje, que en el derecho justiniano pareciera tener un carácter amplio o general por estar consignado como una *regula iuris*, en verdad sólo tenía una aplicación restringida en el derecho romano clásico.

En efecto, esa noción que luego fue expresada en la citada regla tenía inicialmente su ámbito de aplicación en las donaciones entre marido y mujer puesto que estando estas prohibidas entre ellos, se tenían excepcionalmente por válidas aquellas en las que en últimas no había una efectiva merma económica por parte del donante o un verdadero incremento patrimonial por parte del donatario.

Así por ejemplo si el marido donaba un esclavo a su mujer para que ella lo manumitiera o le donaba una suma de dinero y con ésta la mujer adquiría un esclavo que luego donaba a su marido, las donaciones valían porque no había realmente un empobrecimiento y un correlativo enriquecimiento que en últimas configurara la prohibida donación.

Pero si se realizaba una donación entre marido y mujer que resultaba nula por quedar comprendida dentro de la prohibición general ya que efectivamente se presentaba un empobrecimiento del donante y correlativo enriquecimiento del donatario, aquel podía reivindicar lo donado si la cosa aún existía o ejercer la correspondiente *condictio* si no era posible reivindicarla, repitiendo como pago de lo no debido lo que se dio en virtud de la donación contenida en la estipulación, o, en fin, exigir el pago de lo que se debía y se había condonado mediante la mencionada liberalidad.

Ahora, si la cosa donada no podía ser reivindicada y por ello se ejercitaba la respectiva *condictio*, esta se circuncribía al monto del empobrecimiento y su correlativo enriquecimiento tasados al momento de la *litis contestatio*.

Y es que “en la rúbrica edictal *si certum petetur*,⁵ hubo tres formulae de estructura general y abstracta llamadas *condictiones* por su similitud con la formulae de la *legis actio per conditionem* (Gayo, 4.17b-19): (1) la *condictio certae pecuniae*;⁶ (2) la *condictio certae rei*;⁷ (3) la *condictio certae quantitatis*⁸ (*condictio triticaria*). Estas formulae servían primitivamente como acciones *ex mutuo* y *ex certa stipulatione* (Lenel, *Edict.* 95). En otra rúbrica – “*si cum eo agatur, qui certum promiset*”, Lenel, *Edict.* 55 – se hallaba una fórmula para la *actio ex stipulatione incerta*, la cual, no fue llamada *condictio*. Los juristas republicanos y clásicos utilizaron las tres primeras formulae (condiciones), como remedios para conseguir la recuperación de un enriquecimiento injusto. Estos juristas otorgaron – por analogía con la *condictio ex mutuo* – una *condictio*, siempre que alguien había adquirido una cosa corporal (*certa pecunia, certa res, certa quantitas*) por una *datio* y la adquisición implicase un enriquecimiento injustificado”⁹.

Así que entonces en esta sede fue que el Derecho Romano elaboró la noción de haberse hecho más rico (*locupletior factus est*) y la correlativa de empobrecimiento (*pauperior*), fijando como límite su monto efectivo.

⁵ De petición cierta.

⁶ De dinero cierto.

⁷ De cosa cierta

⁸ De cantidad cierta.

⁹ F. SCHULZ. Op. Cit. p. 586.

Posteriormente las nociones de enriquecimiento-empobrecimiento, así elaboradas y limitadas, se extendieron en el Derecho Romano a otras materias como a la de los negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, a la petición de herencia frente a los poseedores de buena fe, al provecho que alguien recibía por el delito o los actos de otro, etc., hipótesis éstas que no son del caso explicar pero que sí vale la pena mencionar porque se constituyeron junto con la otra en la puerta de entrada de las nociones de enriquecimiento-empobrecimiento al derecho de obligaciones.

2. La escolástica cristiana a partir del derecho de dominio señaló que el deber de restituir las cosas a su dueño podía ser considerado en tres circunstancias: la restitución que debía hacer quien se había apoderado de la cosa por un delito o un acto semejante al delito (*restitutio rei acceptationis*), la que debía hacer aquel que la tenía en su poder sin su dolo o su culpa pero que había sido sustraída por otro (*restitutio rei acceptae*) y la que se debía hacer para cumplir con una obligación derivada de un contrato (*restitutio ex contractu*).

También señaló que en la *restitutio rei acceptae* debía considerarse si la cosa aún se encontraba en poder del sujeto a quien había llegado por el hecho de otro, pues en este caso (*rebus exstantibus*) debía restituirse la cosa misma y en el caso contrario (*rebus non exstantibus*) la restitución sólo comprendía lo que por su hecho lo hubiera hecho más rico (*ex hoc factus est locupletior*).

3. La escuela del derecho natural racionalista, concretamente Grocio,¹⁰ expuso que las obligaciones tenían su fuente o en una promesa o en una desigualdad, distinguiendo en ésta última el evento en que ella se había generado por el hecho de otra persona y aquel otro en que el desequilibrio se presentaba cuando alguien obtenía un provecho con detrimento de otro, cimentando su clasificación en que la equidad no permite que alguien se haga más rico con daño de otro (*aequitas non permitit aliquem locupletiores fieri cum damno alterius*).¹¹

Sobre esta base y retomando la noción de *restitutio* que había elaborado la escolástica cristiana en torno al deber de restituir las cosas a su dueño como emanación del derecho de dominio, Grocio¹² señaló que el deber de restitución puede ser considerado frente a dos hipótesis: 1) Cuando una cosa ajena llega a manos de un sujeto por un acto suyo y aún está en su poder; y 2) Cuando una cosa está en manos de un sujeto y esto implica un enriquecimiento puesto que es el producto de una cosa ajena.

Grocio concluye entonces que hay obligaciones que surgen del derecho de dominio y una de ellas es precisamente la de restituir el enriquecimiento que se ha obtenido a expensas de las cosas ajenas ya que la propiedad introduce la igualdad porque permite que cada cual tenga lo suyo (*introducitur autem sunt dominia ad servandam aequalitatem in eo scilicet, ut quisque suum haberet*).¹³

4. Con vista en esta construcción del derecho natural racionalista y en los casos que traía el Digesto, le resultó fácil a Pothier creer y entender que la prohibición del enriquecimiento a expensas de otro era una regla general¹⁴ y por lo tanto

¹⁰ Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON. Op. Cit., p. 65.

¹¹ Ibidem.

¹² H. GROTIUS. Op. cit., p. 389-393.

¹³ Ibidem, p. 391: “la propriété des biens a été établie pour maintenir l'égalité, c'est-à-dire, a fin que chacun eût le sien”.

¹⁴ R. J. POTHIER. Op. Cit., p. 267: “En nuestra jurisprudencia que no admite las sutilezas del derecho romano y que considera la sola equidad suficiente para producir una obligación civil y para dar una acción

aplicable a otras materias en las que el Derecho Romano Clásico no la había hecho operar.

Sin embargo Pothier no construyó en sus obras una teoría general sobre el enriquecimiento a expensas de otro sino que se limitó a señalar y comentar algunas de las materias en las que operaba el fenómeno, situación ésta que incidió para que de idéntica manera fuera tratado el asunto en el *Code Civil*.¹⁵

5. El *Code Civil* reguló la gestión de negocios ajenos y allí previó que el propietario del asunto, cuando el negocio había sido bien administrado, debía reembolsarle al agente todos los gastos útiles y necesarios en que éste hubiera incurrido,¹⁶ empero la presencia de algunas hipótesis de aparente gestión de asuntos ajenos, que por lo tanto no podían solucionarse con las previsiones que sobre este asunto consagraba el *Code*, condujo a la doctrina de la Escuela de la Exégesis a discurrir sobre la posibilidad, el fundamento y la vía a seguir para obtener una eventual restitución de esos gastos en favor del supuesto agente.

Dentro de tales hipótesis, y en esto siguiendo a Pothier,¹⁷ la doctrina traía a cuento la gestión de asunto propio en el convencimiento de ser ajeno, la gestión de asunto ajeno en el convencimiento de ser propio, la gestión de asunto perteneciente a muchos en el convencimiento de pertenecer a sólo uno de ellos, la gestión de un asunto en consideración a la persona propietaria de él pero que resultaba de otro, y la gestión de asunto ajeno con miras a la utilidad del agente.

La mayoría de la doctrina se inclinó a pensar que en estos casos el deber de restitución en favor del agente tenía su fundamento en la equidad de donde se derivaba la regla general que prohibía enriquecerse a expensas de otro y que por lo tanto la vía a seguir no era la *actio negotiorum gestorum* sino una diferente e independiente que llamaron *actio de in rem verso* porque tenía como límite el recaudo del sólo monto del enriquecimiento ya que este enriquecimiento era precisamente el fundamento de la acción.

6. Así que, en síntesis, la noción de enriquecimiento a expensas de otro, que en el Derecho Romano estaba vinculada a las *conditiones* y que no era una regla general por estar relacionada con determinadas materias, devino en un concepto atado al derecho de dominio y por conducto de éste al de las obligaciones que de él surgen, con una clara vocación de generalidad.

Esta vocación de generalidad determinó que se considerara entonces que el enriquecimiento a expensas de otro no debía ejercitarse mediante la *condictio* relativa a la materia en la que la prohibición operaba sino que tenía una acción propia e independiente que dieron en denominar *actio de in rem verso*.

7. Pero quienes definitivamente perfilaron la institución del enriquecimiento a expensas de otro fueron Aubry y Rau puesto que partiendo de la aseveración de que dentro de las facultades inherentes al derecho de propiedad estaba la de pedir la restitución de todos los objetos o valores que hacían parte del patrimonio

eficaz, no cabe duda... que el que hizo gastos de que yo saco provecho, debe tener acción contra mí en cuanto mi provecho sea efectivo.”

¹⁵ Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON. Op. cit. p. 79-92.

¹⁶ Artículo 1375.

¹⁷ R. J. POTHIER. Op. Cit., p. 265-269 trae estas hipótesis: “Cuando ejecuto un negocio tuyo creyendo que es mío”, “Cuando ejecuto un negocio que concierne a Pedro con la sola idea de ejecutar un negocio de este, a pesar de que el negocio concernía a otro”, “cuando realiza el negocio de muchas personas sin tener otra intención que la de realizar el negocio de una de ellas.”

mediante una acción personal denominada *actio de in rem verso*, señalaron que ese fenómeno se fundamentaba en la regla de equidad que prohibía tal enriquecimiento y que por consiguiente debía ser tenida como una noción general separada del ámbito de la gestión de negocios ajenos.

Agregaron además que siendo una noción general resultaba aplicable en todos aquellos casos en que se presentara un enriquecimiento en detrimento de otro sin una causa legítima y el empobrecido no contara con alguna otra acción que se derivara de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito.

Así lo expresaron:

*“La action de in rem verso, dont on ne trouve au Code Civil que des applications spéciales, doit être admise d’une manière générale, comme sanction de la règle d’équité, qu’il n’est pas permis de s’enrichir aux dépens d’autrui, dans tous les cas où le patrimoine d’une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d’une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d’aucune action naissant d’un contrat, d’un quasi-contrat, d’un délit o d’un quasi-délit.”*¹⁸

*(La acción de in rem verso, que encuentra en el Código civil aplicaciones especiales, debe ser admitida de una manera general, como aplicación de la regla de equidad que no permite enriquecerse a expensas de otro, en todos los casos en que el patrimonio de una persona se encuentre, sin causa legítima, enriquecido en detrimento del de otra persona y esta no tenga, para obtener lo que le pertenece, ninguna acción nacida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito.)*¹⁹

Debe aclararse sin embargo que esta *actio de in rem verso* difiere de la del mismo nombre creada en el derecho romano, aclaración esta que figura en la nota No. 7 del apartado 578 de la obra de Aubry e Rau de la edición de 1917 en los siguientes términos:

*“Cette action n’a de commun que le nom avec l’action de in rem verso du Droit romain... La dernière est une action adjectitiae qualitatis, qui tire sa force l’action principale à laquelle elle se trouve jointe, tandis que la première existe par elle-même, sans avoir besoin de l’appui d’aucune autre action.”*²⁰

*(Esta acción sólo tiene en común el nombre con la acción de in rem verso del Derecho romano...La última es una acción adjectitiae qualitatis, que saca su fuerza de la acción principal a la cual ella se encuentra unida, mientras que la primera existe por ella misma sin necesitar del apoyo de ninguna otra acción.)*²¹

Pues bien, así perfilado el asunto se habló entonces de un “enriquecimiento sin causa” y la doctrina y la jurisprudencia francesas acogiendo lo expuesto por Aubry y Rau, dedujeron las características estructurales de la *actio de in rem verso*, debiéndose aclarar que el primer paso jurisprudencial admitiendo la *actio de in rem verso* como una acción independiente fue la sentencia del 15 de junio de 1892 (Arrêt Boudier) pero la que definitivamente fijó sus elementos, tomándolos (se insiste) de Aubry y Rau, fue la sentencia del 12 de mayo de 1914.²²

¹⁸ AUBRY y RAU. Op. Cit. p. 355-357.

¹⁹ Traducción libre.

²⁰ AUBRY y RAU. op. cit., p. 354.

²¹ Traducción libre.

²² Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON. Op. Cit. p. 144-146.

De ésta última sentencia se deduce lo siguiente en relación con *actio de in rem verso*:

- a) Debe tenerse como general porque se deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas de otro;
- b) Procede en todos aquellos casos en que una persona, sin una causa legítima, se ha enriquecido a expensas de otra; y
- c) Que para obtener la restitución no se cuente con otra acción nacida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito.

8. Adviertáse entonces que de conformidad con el recuento que hasta aquí se ha hecho la actual *actio de in rem verso* se empieza a construir a partir del pasaje de Pomponio,²³ contenido en las *regulas iuris* del Digesto, según el cual es equitativo que nadie se enriquezca a expensas de otro y por consiguiente se edifica como un mecanismo para obtener las correspondientes restituciones en los eventos en que alguien se ha hecho más rico en detrimento de otro, es decir que dentro de sus elementos están y deben estar necesariamente el enriquecimiento de alguien y el correlativo empobrecimiento de otro.

Ahora, como la derivaron de esa *regula iuris* y advirtieron que el *Code* sólo preveía deberes de restitución para determinados y especiales casos de enriquecimiento, esto es vinculados a determinadas y específicas materias, se dedujo entonces que para los restantes lo que resultaba procedente era esa nueva *actio de in rem verso* y por consiguiente se concluyó en su carácter general.

Como era de carácter general y también se construyó a partir de casos aparentes de gestión de asuntos ajenos en los que por ésta misma razón no era posible obtener la restitución mediante la *actio negotiorum gestorum*, se concluyó que estaba desligada de cualquiera otra materia que permitiera conceder una acción para obtener una restitución en caso de enriquecimiento y por consiguiente su procedencia implicaba la ausencia de una causa ya que si la había ésta daría la correspondiente acción.

Así las cosas la *actio de in rem verso* resultó ser independiente y autónoma ya que su admisibilidad suponía que no se contara con ninguna otra acción para poder obtener la restitución.

Luego, como puede verse, esta nueva acción que se denominó *de in rem verso* resultó siendo diferente a la homónima del derecho romano pues en este las restituciones que por medio de ella se pretendían se lograban mediante la *condictio* que estaba vinculada a la correspondiente materia, es decir tenían siempre una causa.

He aquí las razones por las que la doctrina francesa aclaraba que la diferencia entre ésta *actio de in rem verso* y la del derecho romano estaba en que la segunda derivaba su fuerza de la acción principal a la cual se adjuntaba mientras que la otra existía sin necesidad del apoyo de ninguna otra acción.

²³ Vide la nota No. 3.

Pero además como como el fundamento de la *actio de in rem verso* era el enriquecimiento a expensas de otro, resultó obvio que su límite estaba precisamente en la restitución del sólo monto de ese enriquecimiento.

9. Por su parte la Corte Suprema de Justicia de Colombia²⁴ haciendo eco de lo elaborado en Francia, bien pronto sostuvo que la acción *in rem verso* para su buen suceso requería de: a) Un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) La ausencia de causa que justificara ese desequilibrio patrimonial; y d) La carencia de otra acción que permitiera la restitución.

Pero al advertir que la ley en algunos casos autorizaba el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señalo que la *actio de in rem verso* también tenía como requisito que con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley.²⁵

Pero por supuesto que ésta última exigencia más que fundarse en los casos especiales, y entre ellos el del artículo 1525 del Código Civil, su verdadero apoyo se encuentra en el principio general de legalidad que irradia no sólo al derecho sustantivo sino también al derecho procesal y en virtud del cual el amparo adjetivo de una pretensión depende fundamentalmente, entre otras cosas, de que el derecho que se aduce sea tal porque el ordenamiento lo reconoce, porque se tiene y porque se ajusta en un todo a él, toda vez que nadie puede aspirar a más de lo que la ley le permite.

La *actio de in rem verso* en sede de lo contencioso administrativo

10. El principal asunto en torno al cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha discurrido sobre el enriquecimiento sin causa es el relacionado con la ejecución de actividades en favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre esta y el ejecutor.

Esta Corporación sobre el punto ha tenido posiciones encontradas que van desde la admisión hasta el rechazo de aquel instituto en la hipótesis antes mencionada, pasando, como podrá suponerse, por una tesis intermedia que se sustenta en el deber de proteger la buena fe del contratista que fue inducido o motivado por la administración a la ejecución de la actividad en esas circunstancias.

Una primera posición de la Sala en torno al reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa se hizo en el marco de eventos en los cuales un particular realizó prestaciones a favor de la Administración Pública sin que existiera un contrato estatal debidamente perfeccionado, razón por la cual la Corporación decidió reconocer la procedencia de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa. Así, para la Sala:

“Tan conscientes de la prohibición fueron las aludidas partes que cuando se celebró finalmente el contrato 2367 para la vigilancia de las mismas oficinas, nada se habló de la situación inmediatamente anterior, comprensiva del período mayo 16 agosto 25. Ni siquiera se recortó el plazo fijado en el pliego

²⁴ Cfr: Sala de Negocios Generales: Sentencia de septiembre 6 de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII, p. 587-606. Sala de Casación Civil: Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-437, Magistrado Ponente Ricardo Hinestrosa Daza; Sentencia de 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476, Magistrado Ponente Juna Francisco Mujica; y Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32, Magistrado Ponente Liborio Escallón.

²⁵ Este mismo requisito lo menciona L: JOSSERAND. Op. cit., p. 456.

de condiciones de la licitación. Hubiera sido cómodo, para facilitar el pago del mencionado período, disminuir en un lapso igual la duración del contrato, para con el sobrante del presupuesto apropiado para el efecto cubrir esa etapa previa.

“La situación de hecho, como se explicó, la creó la demandada, la que en todo momento fue consciente de que sólo así podía sortear la falta de vigilancia. Y la creó porque no tenía otra alternativa de servicio que evitara los daños irreparables que su conducta pasiva de seguro hubiera producido en los bienes sometidos a su custodia. Trató por ese medio de salvar una situación de emergencia, con la persona más indicada para el efecto y que estaba más a la mano, cual era Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. — PATROL—; a quien, precisamente, le acababa de adjudicar un contrato de vigilancia pero que, por circunstancias de procedimiento, no podía iniciar inmediatamente su ejecución. De allí que ante la perspectiva de dejar los cuantiosos bienes de la entidad estatal sin protección alguna, resolvió apelar a una vigilancia provisional, de emergencia, justificada a todas luces. La desprotección de los bienes pertenecientes a un servicio tan vital para la marcha del Estado, por razones de mero procedimiento, no habría tenido presentación alguna y hubiera de seguro causado mayores perjuicios para la colectividad.

“Visto lo precedente, podría aducirse que la actora tenía una acción de simple ejecución derivada de las Resoluciones Números 2282 y 2330 de 4 y 12 de octubre de 1982, por medio de las cuales AD-POSTAL reconoció la suma de \$ 7'654.209.32 como valor de los servicios provisionales prestados durante el lapso mayo 15 — julio 30 de ese año.

“Aunque en apariencia esto es así, hay que tener en cuenta que la Administración no podía hacer ese reconocimiento indemnizatorio mottu proprio, sin violar las reglas de orden constitucional que gobiernan la hacienda pública, en especial los artículos 206, 207 y 210 de la Carta. Y fue este motivo, en el fondo, el que debió mover a la administración a no pagar el valor de dicha indemnización. No otra explicación tiene su silencio final luego de la autorización dada por la junta directiva al gerente. Las mencionadas reglas de Hacienda Pública no son sólo aplicables al ente nación, sino que también gobiernan en esto a los establecimientos públicos, ya que sus presupuestos forman parte del general de aquélla y se aprueban conjuntamente mediante ley formal (Decreto 294 de 1973 artículo 2o.).

“Tan cierta es esta inconstitucionalidad que ni siquiera la entidad demandada presentó como excepción el acto de reconocimiento. No puede olvidarse tampoco para negarle todo el valor ejecutorio a dicho reconocimiento, que cuando la administración compromete su responsabilidad con sus hechos y omisiones, por regla general, no procede la petición indemnizatoria formulada directamente ante ella. Refuerza esta afirmación el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que muestra cómo la petición de perjuicios se hace al juez sin que previamente se haya buscado un pronunciamiento administrativo.

“Lo expuesto muestra, así mismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la actio in rem verso se da en el presente caso.

“En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra salida que la escogida por la demandante.

“Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del Código de Comercio viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que "nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

“Debe entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; hecho perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio.

“Considera la Sala que la actora tiene la razón y deberá ser restablecida en su derecho hasta concurrencia de su empobrecimiento, ya que se acreditaron suficientemente los presupuestos para la procedencia de la actio in rem verso. Se comprobó que aquélla prestó el servicio de vigilancia durante el período mayo 16- agosto 25 de 1982, dentro de los requerimientos exigidos. Igualmente se demostró que AD-POSTAL nada ha pagado por ese concepto, enriqueciéndose con su omisión, con lo que se evidencia de paso el empobrecimiento o el perjuicio sufrido por la empresa que prestó el servicio”.

En pronunciamiento posterior, la Sala afirmó:

“Muestra el acervo probatorio un hecho evidente, puesto también de relieve por el tribunal: Aunque inicialmente se señaló en el pliego de condiciones (adendo al folio 6 del expediente) que el terreno en el que debía construirse la obra lo entregaría el municipio debidamente nivelado y explanado, con posterioridad funcionarios de esa misma entidad, el Doctor Juan Fernando Sanín, Jefe de Interventoría, la Doctora Tulia Peláez, interventora de la obra y el Secretario de Obras Públicas y Desarrollo Comunal, le hicieron saber a la contratista que la entidad no estaba en condiciones de cumplir lo relacionado con la adecuación del terreno y le pidieron que se hiciera cargo de dicha obra "de acuerdo a las cantidades y precios que se pasan en el memorando adjunto". (ver oficio 193 de 29 de enero de 1. 982). Además, la misma Doctora Peláez le solicitó al Secretario de Obras la autorización para la construcción de obra extra por un valor de \$5'280.000.00 para "excavación, cargue y botada de tierra... lleno y apisonado en arenilla ...”.

“Lo precedente pone en evidencia que los funcionarios aludidos comprometieron la responsabilidad directa del ente demandado. No sería justo que con el argumento de la fiscalía (la incompetencia de los funcionarios que ordenaron la adecuación del terreno para celebrar contratos) nada pudiera reclamar la contratista, la que no actuó motu proprio o por su propia iniciativa, sino por orden del ente demandado, a instancias de los funcionarios competentes para manejar la ejecución del contrato a nombre del municipio; reclamo que sin esfuerzo alguno encuentra su justificación en la equidad y su respaldo en la tesis del enriquecimiento sin causa. Tesis que en subsidio y a falta de una acción de tipo contractual específica respalda con creces la pretensión de la demandante.

“La Sala estima que la vía utilizada en el presente asunto para solucionar la adecuación del terreno, si bien no fue muy ortodoxa ya que debió celebrarse otro contrato directamente con la entidad pública, en la realidad resultó ser la salida más adecuada desde el punto de vista de una sana administración; la que requería, con urgencia, la estación escuela de bomberos del sector sur de Medellín, uno de los más densamente poblados en el área metropolitana.

De no haberse buscado esa solución el problema hubiera sido peor, no sólo porque el Municipio habría entrado en incumplimiento desde la iniciación del contrato 127 de 1.981 y comprometido su responsabilidad contractual por un mayor valor, sino porque no habría podido ejecutarse la obra con la premura que las exigencias del buen servicio imponía.

“Ha dicho esta misma Sala que cuando debiéndose celebrar otro contrato o uno adicional no se celebra y pese a ello la obra se ejecuta a entera satisfacción. De la entidad propietaria de la misma, el asunto puede manejarse con la tesis del enriquecimiento sin causa, sin violentar los principios que gobiernan las controversias contractuales, tal como lo expresó claramente la demanda en su hecho décimo segundo.

“Pero sea de ello lo que fuere, en el proceso se dio una realidad que no puede desconocerse: El municipio incumplió una obligación (adecuar el terreno para la construcción de la obra) que tenía prelación en el tiempo; la persona contratista, por conducto de un tercero aceptado por el mismo municipio, y dentro de los términos y condiciones señalados por éste, cumplió tal obligación y hasta la fecha la entidad no ha pagado su valor.

“Esa realidad no puede ignorarse, se repite, porque hacerlo implicaría premiar la torpeza de la persona obligada y favorecer su enriquecimiento injusto, con el empobrecimiento consecuencias de la actora. Además, en dos oportunidades el municipio le dio el visto bueno a la cuenta formulada por la demandante.

“No desconoce la Sala que formalmente puede asistir la razón a la fiscalía, en lo que toca con la competencia para contratar que tenían los funcionarios subastemos del alcalde que autorizaron la adecuación del terreno, pero tampoco puede olvidarse que ellos con su conducta sí podían comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, porque eran, en otros términos, el alcalde en ese contrato” (las negritas son de la Sala)²⁶.

En el mismo sentido, ante la ausencia de sustento contractual que permitiera realizar el pago de unas prestaciones realizadas por el demandante, la Sala consideró:

“Para conseguir un restablecimiento patrimonial frente a la administración por causa de unos servicios prestados a la misma, sin respaldo contractual perfeccionado, y que no le fueron reconocidos ni satisfechos, la sociedad demandante hubo de acudir a la figura del enriquecimiento sin causa, para fundamentar jurídicamente sus pretensiones. Procede entonces, antes de un pronunciamiento sobre la existencia de dicha figura en el caso estudiado, establecer previamente si se dan las condiciones de hecho indispensables para su estructuración.

(...)

“En este orden de ideas, aparece manifestado que el Distrito Especial de Bogotá - Secretaría de Educación - , obtuvo un aumento patrimonial, un enriquecimiento traducido en haber recibido y disfrutado los servicios de mantenimiento para las máquina de escribir de esa dependencia, durante un

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 1990, Exp. 5579, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

lapso de dos años sin hacer erogación de ninguna naturaleza, en perjuicio o con afectación y empobrecimiento patrimonial correlativo de la firma " OLIVETTI COLOMBIANA S.A." en cuanto ésta dejó de percibir el valor de sus servicios.

"De otra parte, es evidente la relación de causalidad entre el beneficio patrimonial del Distrito Especial de Bogotá y la afectación económica de la sociedad actora, hasta el punto de que sin la actividad de ésta el Distrito no se habría beneficiado.

"No se encuentra por lo demás, ninguna razón legal que justifique esa alteración patrimonial. Los contratos que hubieran podido llegar a constituirse en dicha causa no surgieron a la vida jurídica, de donde también deriva la imposibilidad de la sociedad demandante para ejercitar otro tipo de acción"²⁷

En esta primera etapa de la Jurisprudencia en torno al enriquecimiento sin justa causa como fuente de las obligaciones en el derecho administrativo, el Consejo de Estado intentó imputar, de manera general, la carga de conocimiento de la ley contractual a la entidad demandada e incluyó el elemento de la confianza en la ecuación²⁸, de lo cual da cuenta palmariamente el siguiente pronunciamiento de la Sala:

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1991, Exp. 6306, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁸ Aun cuando la jurisprudencia actual de la Sala impone la existencia de la buena fe acreditada de la parte actora, en fallo reciente la Sala relativizó la carga de conocimiento del ordenamiento jurídico contractual en cabeza de quien alega el enriquecimiento sin justa causa de la parte demandada. En efecto, en sentencia del 2009 se afirmó:

"Así las cosas, la Sala reflexiona sobre la reciente posición que sobre el particular se ha trazado en cuanto concierne a la posibilidad del particular que desarrolla o presta un servicio a favor de la entidad estatal, posición según la cual el contratista que despliega una actividad prestacional, y no está amparado por el ordenamiento jurídico (ausencia de contrato), no puede aprovecharse de su propia culpa para luego solicitar la respectiva reparación patrimonial o el pago de la labor desarrollada, en tanto asume la carga de velar igualmente por la legalidad del ordenamiento jurídico.

"En esa perspectiva, la Sala, por el contrario, retoma la línea jurisprudencial según la cual la teoría del enriquecimiento sin causa es fuente formal de las obligaciones y que, por lo tanto, es posible que, en determinados eventos, se demande la responsabilidad del Estado –por parte de particulares- o viceversa, con el objetivo de recomponer la estabilidad patrimonial que puede verse alterada con un traslado patrimonial injustificado.

(...)

"De otro lado, no son pocos los eventos que el ordenamiento jurídico ampara judicialmente, gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales se encuentran, entre otros:

i) Abusos del derecho desencadenados durante el período precontractual, que generan traslados patrimoniales injustificados, en perjuicio de una de las partes que intervienen en las tratativas, los cuales no puedan ser formulados vía contractual (acción contractual) o extracontractual (reparación directa), dadas las especiales características del caso (v.gr. eventos en los cuales la administración motiva al particular a prestar un servicio o ejecutar determinada obra, mediante actos de confusión, sin que exista contrato estatal que regule las obligaciones contraídas por las partes).

"ii) "Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad."

"iii) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.

“Para el fallador la prueba que se deja enlistada, en todo su universo, es suficiente para dar por demostrado que la firma demandante ejecute unos trabajos que incrementaron el patrimonio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL (Hoy INURBE), los cuales, al no ser pagados, dieron lugar a un enriquecimiento sin causa, fuente de la obligación que se ordenaré satisfacer en la parte resolutive de este fallo. Solo sí se le rinde homenaje a la ley y al derecho, pues como ya se expuso, no tiene sentido patrocinar la conducta de la administración que niega el pago sin entrar a examinar su actitud permisiva, inspiradora de CONFIANZA, y señal inequívoca de asentimiento. El sentenciador se encuentra, pues, frente a un caso mas en que se pone en marcha la HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que es la ausencia de ésta en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación técnica suficiente para estar presente. Saben las personas cómo deben ajustar la conducta a la normatividad vigente o convencional, pero proceden de manera diferente y contraria a lo ordenado. Suelen vivir como si el derecho no existiera. El no - derecho, está de un lado, y el derecho en el otro. Hay muchos largos días de no - derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no - derecho lo convierten en la esencia, y el derecho en el accidente. Transitando por esa vía se busca la eliminación del juez al mismo tiempo que de la ley. Esta es la realidad táctica que se vivencia en el caso en comento. Se adjudicó el contrato a la firma demandada, pero antes de que este se suscribiera, se toleró que el actor ocupara los terrenos y llevara a

Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos; no obstante, debe insistirse, es respecto de la administración pública que se hace más exigente el principio de legalidad, razón por la que, en cada caso concreto habrá de analizarse de manera independiente y autónoma la conducta asumida por el particular y por la entidad contratante. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria – que no admiten convención en contrario–, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal; a contrario sensu, la protección constitucional al principio de buena fe genera que se proteja, sin restricción alguna, al particular en aquellas circunstancias en las cuales la confianza de la administración, así como su voluntad y comportamiento es el que genera la prestación de un bien o servicio sin el respectivo soporte o basamento contractual.

“En efecto, si bien el particular no es ajeno a la órbita legal y reglamentaria que sistematiza la contratación estatal, no es posible atribuir un disvalor al comportamiento del sujeto de derecho privado que, movido por una conducta previa de la administración pública, lo dirige a realizar una obra o a prestar un servicio, sin que exista contrato estatal de por medio.

“El juez, en estos eventos, debe ponderar la conducta del sujeto de derecho público frente a la persona de derecho privado, toda vez que, en multiplicidad de eventos, es la propia administración quien con su comportamiento induce o motiva al particular, en lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a la ejecución de una determinada obra o servicio sin que exista negocio jurídico de por medio, lo que genera, prima facie, un traslado injustificado de un patrimonio a otro, de tal manera que se ocasiona un empobrecimiento con un consecuencial enriquecimiento, no avalado por el ordenamiento jurídico.

“En consecuencia, si bien podría afirmarse que el particular en estos eventos cohonestó la situación irregular en materia de contratación pública, la cual generó de paso el empobrecimiento en el que se sitúa, no puede desconocerse que el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado, motivo por el cual si éste a través de sus representantes impele el interés del particular a realizar o ejecutar una determinada prestación, sin que exista contrato de por medio, se impone, correlativamente, la obligación de recomponer el traslado abusivo e injustificado que se produjo, patrimonialmente hablando, de un sujeto a otro” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero).

cabo trabajos substanciales. Por qué procedió así la administración? Todo indica que con el mejor deseo de terminar rápidamente las obras. Pero ocurre que por conseguir esta finalidad, se olvidó de la normatividad cuya vigencia solo vino a invocar a posteriori, esto es, cuando el CONTRATISTA había ejecutado una tarea de suyo importante. Si el a - quem no deniega las pretensiones de la demanda, es porque en el caso sub - exámine se vivencia el ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, con todo el temperamento que tiene, verdad jurídica que le permite rendirle culto mas al DERECHO que a la ley”²⁹.

Así lo entendió la Sala en otro pronunciamiento en el cual, aplicando la teoría del enriquecimiento sin justa causa, ordenó el pago de unas obras adicionales aun cuando no se acreditó en el expediente que las mismas hubieren contado con un otrosí que permitiera su realización; en aquella ocasión la Sala afirmó:

“A la luz del acervo probatorio, para el fallador resulta incuestionable que la administración consintió en la ejecución de las obras que llevó a cabo el contratista, y que una vez construidas e incorporadas al patrimonio de ésta no puede negarse a pagarlas, porque la negligencia y la incuria de ésta, no permitió oportunamente la firma de un contrato adicional, para sustentar la legalidad de las mismas.

“También para la Sala resulta claro que la materia que se estudia no debe enfocarse a la luz de la acción in rem verso, pues es evidente que ella emana de la misma relación negocial que sostuvieron las partes, en la cual se hizo indispensable la construcción de obras adicionales, pues qué sentido tenía ordenar las cosas mal para que quedaran definitivamente mal?

“Igualmente, que en los casos como el presente, en los cuales se efectúan obras indispensables para la ejecución del contrato principal, nace para el contratista el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole las obras realizadas. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de la justicia lo explica todo. A nadie convence que la administración en la misiva dirigida a la gerente de la Beneficencia, reconozca que las obras “...eran de indispensable ejecución para poder desarrollar y llevar a buen término el contrato principal...”, pero que a la postre expida un acto administrativo, resolviendo negar el reconocimiento y el pago de las mismas.

“La Sala no patrocina el razonamiento del apoderado de la entidad demandada, que lo lleva a afirmar: “Por el contrario quien desconoció solamente el principio de la buena fe en la ejecución de este fue el Contratista...”. Y no la patrocina, pues la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, situaciones como la que se ha dejado descrita merecen censura y rechazo pues dejan la impresión de que en el manejo de la relación negocial la administración al negarse a pagar las obras construidas, pretende sacar provecho o beneficio a cargo del contratista, generándose por contera un desequilibrio patrimonial que de todos modos debe ser remediado. Por algo se enseña que nadie puede enriquecerse sin causa, siendo esta figura una de las fuentes de las obligaciones. La administración debe proceder de

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1992, Exp. 6822, C.P. Julio César Uribe Acosta.

*buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de deberes jurídicos ...*³⁰

En el año 2006, la Sala optó por modificar su posición anterior frente al reconocimiento de prestaciones ejecutadas sin soporte contractual al reconocer que las normas contractuales son de estricto cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los particulares³¹, con lo cual se le dio plena aplicación a la presunción general de conocimiento de la ley. En aquella ocasión, la Sala afirmó:

“Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación; la Sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del “enriquecimiento sin causa”, que el estado evolutivo de las relaciones “jurídicamente relevantes” entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar y remediar estas situaciones, sin acudir a la teoría del “enriquecimiento sin causa”.

(...)

“Si bien se demostró en el proceso que la recepción de los servicios de aseo y jardinería realizados en las sedes de CAPRECOM, no estuvo precedida de una causa jurídica eficiente (contrato estatal) , dicha ausencia partió de un desconocimiento deliberado por las partes de normas de derecho público, como las que hacen del contrato estatal un acto solemne. Se debe recordar que si bien la Ley 80 de 1993 permite la realización de contratos sin formalidades plenas (Art. 39), dicha posibilidad se encuentra sujeta a la ocurrencia de condiciones referentes al valor contratado y a que el representante legal de la entidad contratante así lo requiera, situaciones que no fueron demostradas en el proceso.

“Además de que la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento, la sociedad INTERASED Ltda. ya había celebrado un contrato con la

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 1996, Exp. 9409, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³¹ Esta posición ya había sido asumida por la Sala en una sentencia de 11 de octubre de 1991, en la cual se puso de presente la importancia de respetar la legalidad, aun en el marco del enriquecimiento sin justa causa. Así, para la Sala:

“A manera de pedagogía jurídica y judicial, y para que las pautas jurisprudenciales puedan ser manejadas con todo su universo, la Sala desea recordar que la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. 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 sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetran de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO. En la materia que se estudia no puede perderse de vista, como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, que hay casos en que la ley misma autoriza el enriquecimiento, como sucede con la prescripción, o cuando la repetición ha sido prohibida por mandato expreso de ella” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 1991, Exp. 5686, C.P. Julio César Uribe Acosta).

demandada, en el cual se reconocieron muchas de las normas inherentes a la contratación administrativa, que fueron obviadas al momento de aceptar prestar un servicio sin que existiera un contrato administrativo de por medio, o aunque sea, que se hubiera configurado algunas de las causales para realizar un contrato sin el lleno de las formalidades ordinarias.

“En este orden de ideas se observa que la causa del empobrecimiento de la demandante si existió, y fue la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 80 de 1993 para contratar con la administración pública, ya que con esta omisión, el prestador del servicio no accedió a las garantías con que el ordenamiento jurídico protege la contraprestación económica que aspiraba recibir por su labor. En este punto se recuerda que la ley no solo esta instituida para ser cumplida, sino que también, para que en caso de su desconocimiento, se apliquen y asuman las consecuencias de dicho comportamiento antijurídico.

“Por lo tanto, se observa que la sociedad contratista supedito las garantías que le ofrecía la normatividad instituida para regular la contratación estatal, a su voluntad de prestar sus servicios a CAPRECOM., sin que dicha prestación fuera precedida por un contrato que garantizara la contraprestación proporcional al servicio proveído”³².

Siguiendo el lineamiento jurisprudencial reseñado, la Sala accedió en algunas ocasiones al reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa como fuente de obligaciones en derecho administrativo en casos de obras adicionales solicitadas por la entidad demandada y no pagadas por ausencia de contrato adicional, cuando dicha ausencia se hubiere configurado exclusivamente por conducta de la Administración Pública, así:

“Bajo dichos postulados, la Sala encuentra que el Tribunal de instancia denegó las pretensiones de la demanda por el hecho de no haberse probado la existencia del contrato adicional, sin tomar en cuenta que las demás pruebas aportadas al plenario demostraban que las obras realmente fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción por la entidad pública demandada, elementos probatorios que sin justificación alguna fueron desestimados.

“Igualmente desconoció el a quo que la situación de hecho fue propiciada por la negligencia, improvisación y falta de planeación de la Administración, al no contar con la disponibilidad presupuestal exigida, circunstancia que en manera alguna puede servir de excusa para desconocer las obligaciones económicas a su cargo, máxime que su co-contratante, de buena fe, asumió el costo de las nuevas obras que le fueron autorizadas, con la única finalidad de impedir que el contrato se paralizara, como en efecto hubiera ocurrido, dado de una parte, que la consecución real de la partida presupuestal para el financiamiento de las obras adicionales se produjo el 23 de octubre de 1995, mientras que su construcción se había iniciado el 31 de mayo de 1994, es decir, con anterioridad a un año y cinco meses y de otra que las obras adicionales eran esenciales para levantar la estructura que constituyó el objeto contratado.

“So pretexto de la falta de formalización de las obras adicionales por causas imputables exclusivamente a la Administración, no pueden quedar burlados

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2006, Exp. 25662, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas; mucho menos se puede propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuya conducta no fue otra que la de colaborar de buena fe con en el cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante.

“Al respecto conviene destacar el criterio que de tiempo atrás ha tenido la Sala, a propósito de las obras adicionales insatisfechas por parte de la Administración, por inexistencia del contrato adicional debido a su negligencia, el cual hoy se permite reiterar:

“La administración consintió en la ejecución de las obras que llevó a cabo el contratista, y que una vez construidas e incorporadas al patrimonio de ésta no puede negarse a pagarlas, porque la negligencia y la incuria de ésta, no permitió oportunamente la firma de un contrato adicional, para sustentar la legalidad de las mismas. La Sala no patrocina el razonamiento del apoderado de la entidad demandada, que lo lleva a afirmar. “Por el contrario quien desconoció el principio de la buena fe en la ejecución de este fue el Contratista...”. Y no la patrocina, pues la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, situaciones como la que se ha dejado descrita merecen censura y rechazo pues dejan la impresión de que en el manejo de la relación negocial la administración al negarse a pagar las obras construidas, pretende sacar provecho o beneficio a cargo del contratista, generándose por contera un desequilibrio patrimonial que de todos modos debe ser remediado. Por algo se enseña que nadie puede enriquecerse sin causa, siendo esta figura una de las fuentes de las obligaciones. La administración debe proceder de buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de deberes jurídicos.”³³ (Resaltados fuera del texto).

La conducta asumida por la Administración Municipal también dio lugar a la violación de otros dos principios fundamentales en la contratación de las entidades públicas: i) el principio del contratista colaborador de la Administración, y, ii) el principio de la dirección del contrato, cuya importancia y alcance fueron precisados por la Sala en sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287, en el siguiente sentido:

“No sobra mencionar que en virtud del primero de los principios mencionados, resulta claro que si bien por un lado el particular contratista, al ejecutar un contrato de naturaleza pública, cumple una función social que implica obligaciones y colabora con las entidades estatales en el logro de sus fines, por el otro lado no es menos cierto que dicho contratista merece ser tratado por la Administración Pública como su verdadero colaborador y, por tanto, la entidad contratante también debe velar por la efectividad de los derechos e intereses de dicho contratista, tal como lo vino a recoger de manera positiva la legislación nacional en el artículo 3 de la Ley 80.

Por razón del segundo principio enunciado, se tiene que a las entidades estatales les corresponden las facultades-deberes de dirigir y controlar la ejecución del contrato, por lo cual deben estar siempre atentas al desarrollo o estado del mismo y deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su adecuada y oportuna ejecución. Este principio, que sirve de fundamento y apoyo a la existencia misma de las facultades exorbitantes o

³³ Sección Tercera, Sentencia de 11 de julio de 1996, Expediente 9409, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros.

excepcionales que la ley consagra a favor de las entidades públicas contratantes, también fue elevado a norma positiva, de manera expresa, mediante el numeral 1º del artículo 14 de la referida Ley 80.” (el resaltado no es del original).

Las probanzas demuestran, sin lugar a duda, que la entidad pública demandada, contrariamente al deber legal que tenía de proteger los derechos de su co- contratante, impidió que le fuera cancelada la remuneración a que tenía derecho, no obstante haber recibido las obras a satisfacción y contar, así fuera tardíamente, con las disponibilidades presupuestales suficientes para cubrir las prestaciones adeudadas. También desconoció el deber legal de elaborar los respectivos estudios, diseños y planos, previamente al procedimiento de selección. Esta conducta antijurídica no solo dio lugar a la violación de los principios de planeación, buena fe y justicia conmutativa, sino que causó graves perjuicios al contratista y por tales hechos la Administración debe responder en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 80 de 1993; entre cuyos apartes se precisa y ordena:

“1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (los resaltados no son del original.)

La Administración y sus funcionarios son responsables por el incumplimiento del deber legal de contar con estudios planos y diseños definitivos, previamente al procedimiento de selección, cuando tales omisiones ocasionen daños antijurídicos al contratista, responsabilidad que puede ser de tipo patrimonial, fiscal, disciplinaria y aún penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.

“2.5. Las obras adicionales que no fueron legalizadas mediante contrato.

“En el acápite anterior se dijo que en virtud del principio de la buena fe y la preservación de la equivalencia de las prestaciones mutuas, las partes estaban en el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella que fue ajena a los hechos y sin embargo sufrió una mayor carga en sus prestaciones pudiera ser restablecida al no tener la obligación de soportar una disminución patrimonial por causa de la conducta de la otra.

“Igualmente se estableció que la falta de formalización o legalización, mediante contrato escrito de las obras adicionales, por causas imputables

exclusivamente a la Administración, no podían burlar los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas, ni tampoco propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuya conducta estuvo siempre orientada al cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante”.

Sin embargo, en la misma providencia se añadió:

“Lo anterior no significa que se esté dando vía libre a la práctica generalizada de adelantar la ejecución de obras sin que se de cumplimiento a los requisitos formales de legalización ordenados por la ley, la cual impone que mientras el contrato no se encuentre suscrito y legalizado, tampoco será posible ejecutarlo; pero esta regla no puede ser absoluta, puesto que cada caso particular debe analizarse en su verdadero contexto para desentrañar la consecuencia que esta omisión puede representar para el contratista cumplido y de buena fe.

“Sucedee que en el caso sub lite, las obras adicionales que fueron autorizadas por la Administración, construidas y entregadas por el contratista a satisfacción de la entidad contratante, presentan especiales características, en la medida que resultan esenciales e inherentes a la infraestructura misma que fue construida, es decir, son de su naturaleza, toda vez que para acometer la obra principal resultaba indispensable realizarlas de manera previa o concomitante o de lo contrario resultaría imposible cumplir con la ejecución de la obra contratada”³⁴.

Los anteriores argumentos fueron también desarrollados en una providencia de 2007 y los reiteró la Sala en pronunciamientos posteriores. En dicha ocasión, cuya cita se hará in extenso dado su carácter de antecedente, la Sala afirmó:

“La Sección Tercera del Consejo de Estado no ha resuelto en forma coherente las cuestiones jurídicas que se derivan de situaciones como las que ahora analiza la Sala³⁵, como tampoco las que se suscitan cuando entre el particular y el Estado no existe un vínculo contractual. En ocasiones ha encontrado procedente la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa y en otras ha considerado que la misma no es aplicable por la falta de concurrencia todos los requisitos exigidos por el ordenamiento.

“En aplicación del principio del no enriquecimiento sin justa causa, ha considerado que el Estado no puede enriquecerse con los bienes, obras o servicios provenientes del particular y, por ende, debe reparar todos los daños causados a éste por no recibir, en forma oportuna, el pago correspondiente a la prestación ejecutada.

“Para negar su procedencia, la Sala afirmó que la aplicación de dicha fuente supone la inexistencia de otras acciones y que, como el enriquecimiento del Estado y el correspondiente empobrecimiento del particular debe producirse sin una causa jurídica, en los casos propuestos, si la hay.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp. 15469.

³⁵ Cita textual del fallo: La Sala ha verificado la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa, respecto de pretensiones que, según el contratista forman parte del objeto contratado y según la entidad no, entre otras, en el auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178 y en las sentencias 25561 del 15 de abril de 2004 y 12849 del 31 de agosto de 1999.

“7. 1 Los elementos de la teoría

El no enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se ha realizado por vía jurisprudencial, a partir de la interpretación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887. ³⁶³⁷

“Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “enriquecimiento sin causa” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente.

“Aunque el artículo 831 del Código de Comercio lo regula al señalar que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro” y de lo previsto en el numeral 1, del artículo 95 de la Constitución, se ha aplicado en consideración a que se trata de un principio, mas que de una disposición legal que rige las relaciones entre las personas³⁸, en el entendido de que su vigencia no está condicionada a una consagración normativa puesto que ello restringiría su aplicación.

“Es así como la construcción de dicha teoría, se ha producido mediante la definición de sus elementos, realizada especialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias³⁹. Estos son:

“1º) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

³⁶ Cita textual del fallo: Dispone el artículo: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

³⁷ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-655 del 1º de marzo de 1995.

³⁸ Al efecto cabe consultar sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de mayo de 1995, expediente 8118.

³⁹ Ver, entre otras, sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

3º) para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4º) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción... el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5º) La acción... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado...”.⁴⁰ (Se subraya).

“El referido concepto de enriquecimiento, debe entenderse no sólo cuando ingresen bienes al patrimonio de un sujeto, sino también cuando se evita una erogación. Y especialmente porque el enriquecimiento no se deduce a partir de un mero análisis material, es necesaria su prueba jurídica.

“En efecto, conforme lo ha señalado la doctrina, “la prestación ineficaz o infructífera no sirve de causa para pedir” ⁴¹, como sucede por ejemplo cuando se construye en terreno ajeno, pues el hecho material no produce per se el enriquecimiento del propietario del inmueble, es necesario un juicio de valor respecto de su situación particular, porque dicha circunstancia bien puede representarle una pérdida, cuando su perspectiva económica exigiera un terreno libre de edificaciones.

“En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...”.⁴²

“Resulta igualmente necesario advertir que no se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus

⁴⁰ Gaceta Judicial XLIV, 474.

⁴¹ Fábrega Ponce, El Enriquecimiento sin causa, tomo 1, Ed. Plaza y Janes, Bogotá, 1996, pág. 238.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, del 28 de agosto de 2001. Expediente: 6673. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio.

“La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.

“7.2 Fundamentos de la tesis positiva

“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado la figura especialmente frente a la situación que se presenta cuando un sujeto ejecuta una prestación a favor del Estado, cuando el contrato no se ha perfeccionado o ya ha terminado; como también para regular eventos en los cuales se ejecutan prestaciones que no están comprendidas en el contrato legalmente celebrado entres las partes.

“Así, invocó la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa justa, en consideración a que la administración gozó del servicio de mantenimiento de equipos de oficina⁴³, recibió una obra artística⁴⁴ o una obra material en una urbanización⁴⁵ no obstante lo cual no pagó el valor correspondiente.

“Frente a las situaciones de hecho que suelen ocurrir antes de suscribir los contratos y que son determinantes de daños al particular, el Consejo ha afirmado que se configura la responsabilidad del Estado⁴⁶ y hay lugar “al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”⁴⁷

“De igual manera, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 1992⁴⁸, con fundamento en una cita del profesor Karl Larenz,⁴⁹ dicha Corporación afirmó que “El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica.”

“Así también, en aplicación del principio de buena fe de que trata el artículo 83 de la Constitución, ha indicado que del mismo surge para la administración la obligación “de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, precisamente con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado” porque de acuerdo con dicho precepto “la buena fe se presume

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 1994.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10.030

⁴⁶ Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848.

⁴⁷ Sentencia proferida el 29 de enero de 1998, expediente 11099; CP: Dr. Daniel Suárez

⁴⁸ Expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A.; CP Dr. Julio César Uribe Acosta.

⁴⁹ Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica; Ed. Civitas, Págs. 90 y s.s

y los particulares y autoridades públicas deben ceñirse a dichos postulados.”⁵⁰

“Como sustento de su postura, ha dicho que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio. En la sentencia proferida el 29 de enero de 1998, dijo la Sala:

“Así las cosas y teniendo presente que la entidad demandada entró en tratos preliminares con miras a la celebración de un negocio jurídico, no puede predicarse que se sustraiga de aquellos deberes de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico en ejercicio de la autonomía privada, así se trate de una entidad distrital, como es el caso del presente proceso, y en ese entendimiento para la Sala resulta claro del análisis probatorio verificado que la entidad demandada incurrió en una manifiesta reticencia por decirlo menos, al haber inducido y patrocinado con su comportamiento que el actor siguiese en función de la ejecución del negocio, sin advertir - carga de advertencia - que era necesario contar con tiempo prudencial para la observancia de los requisitos que exigía el perfeccionamiento del contrato...”

“También, para solucionar controversias suscitadas por la ejecución de prestaciones adicionales al contrato, la Sala, en aplicación del citado principio ha considerado⁵¹ :

“la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudirse a la acción de reparación directa.”⁵² (Subraya ahora la Sala)

“Cabe igualmente resaltar que, en gran número de casos, la Sección ha interpretado la demanda en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal, para considerar que lo pedido por el actor no es la declaratoria de existencia del contrato y la condena a la reparación de los daños derivados de su incumplimiento, sino la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto “ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al postulado de la buena fe”.

“Y respecto del derecho que le asiste al damnificado, el Consejo, en varias providencias, ha dispuesto la indemnización plena de los perjuicios

⁵⁰ Sentencia 11099 citada.

⁵¹ Cita textual del fallo: Al respecto cabe igualmente consultar: Sentencias del 14 de febrero de 2002, expediente 13600; 11895 del 30 de noviembre de 2000; 11172 del 20 de enero de 1998; 8118 del 8 de mayo de 1995; 8830 del 22 de abril de 1996; 6788 del 24 de septiembre de 1992; 5618 del 22 de febrero de 1991; 2850 del 9 de marzo de 1984.

⁵² Cita textual del fallo: Auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178.

materiales pedidos, daño emergente y lucro cesante, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado.⁵³

“De lo anterior se advierte claramente que la Sala ha manejado el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones. En otras ocasiones, ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, fundado en que se violó el principio de confianza legítima, sin verificar la concurrencia de todos los elementos que la determinan y, en no pocas providencias, ha dispuesto la indemnización plena de perjuicios como efecto de la aplicación del enriquecimiento sin causa, olvidando que su aplicación sólo produce la compensación al empobrecido.

“7.3 Fundamentos de la tesis negativa

“En algunas ocasiones la Sala ha encontrado improcedente la teoría del enriquecimiento sin causa para regular la situación que se presenta por la ejecución de prestaciones sin contrato.

“Así, en sentencia proferida el 11 de octubre de 1991 afirmó que dicha teoría “no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. 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 sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la ACTIO IN REM VERSO.”

Más recientemente, en providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662, la Sala retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa, con fundamento en la naturaleza subsidiaria de la actio in rem verso.

“Al improbar una conciliación judicial que tenía por objeto el pago a un particular del valor correspondiente a prestaciones ejecutadas cuando el contrato estaba terminado, luego de haber sido prorrogado varias veces, la Sala consideró que la especialidad de las normas que rigen la formación y ejecución del contrato estatal impiden la aplicación del enriquecimiento sin causa para definir las obligaciones que le cabrían a la entidad pública, que dispone y acepta las prestaciones ejecutadas por un particular, cuando el contrato no se ha configurado o está terminado.

“Dijo entonces la Sala:

“Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación; la Sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del ‘enriquecimiento sin causa’, que el estado evolutivo de las relaciones

⁵³ Sentencia 11099 citada.

‘jurídicamente relevantes’ entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar y remediar estas situaciones, sin acudir a la teoría del ‘enriquecimiento sin causa’.

(...) cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la Ley.”

“7.4 Posición actual de la Sala

“La Sala encuentra indispensable resaltar el carácter subsidiario de la acción in rem verso y considera que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones sin que exista el contrato, o cuando, como en el presente caso el contrato no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.

“Advierte también que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento.

“La aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa, para resolver situaciones como las señaladas, ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que “el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”; que “mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa” y que “el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”.

“Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios.

“De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.

“También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este

caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.

(...)

“8.2. Que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica, esto es, que no provenga de otra fuente de las obligaciones.

*“La Sala, como se indicó precedentemente, considera que la circunstancia de que la entidad hubiese recibido y aprovechado el trabajo que le entregó el contratista, a pesar de no haber cumplido los requisitos previstos en la ley para que el mismo fuese ejecutable, **traduce en un verdadero incumplimiento contractual.***

“Advierte también que igual calificativo merece la conducta del contratista demandante, quien a pesar de omitir los deberes legales a su cargo para que el contrato fuese ejecutable, procedió a desarrollar las prestaciones en él contenidas.

“Todo lo anterior permite a la Sala considerar que el daño, por cuya reparación se adelantó el presente proceso, tuvo por causa el incumplimiento en que incurrió el municipio, en concurrencia con la negligencia del contratista, puesto que ambos sujetos incumplieron los mandatos legales y contractuales que supeditaban la ejecución del contrato a la aprobación de las garantías y a la expedición del registro presupuestal.

“Se tiene así que el elemento que se analiza no se cumple, porque el desplazamiento patrimonial si tuvo una causa o fuente jurídica: el incumplimiento contractual de la víctima en concurrencia con el incumplimiento contractual del Estado, que conduce a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y a disponer la indemnización de los perjuicios que proporcionalmente le resulten imputables.

“Y aunque la falta de este elemento es suficiente para inaplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, la Sala revisará las otras condiciones para demostrar que esta figura es generalmente improcedente para resolver casos como el que ahora se analiza.

“8.3. Que el demandante carezca de otra acción procedente para reparar el empobrecimiento

“La Sala considera que este requisito tampoco se cumple toda vez que, como se explicó precedentemente, la acción que procede para reparar los daños derivados de la inejecución de prestaciones contractuales es precisamente la de controversias contractuales. Como también lo es cuando el daño consiste en la privación del pago de las prestaciones desarrolladas cuando el contrato

*está suspendido por el incumplimiento de los requisitos que condicionan su ejecución*⁵⁴.

Posteriormente la Sección Tercera señaló que *“si bien podría afirmarse que el particular en estos eventos cohonestó la situación irregular en materia de contratación pública, la cual generó de paso el empobrecimiento en el que se sitúa, no puede desconocerse que el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado, motivo por el cual si éste a través de sus representantes impele el interés del particular a realizar o ejecutar una determinada prestación, sin que exista contrato de por medio, se impone, correlativamente la obligación de recomponer el traslado abusivo e injustificado que se produjo, patrimonialmente hablando, de un sujeto a otro...”*⁵⁵

11. Pero además de esta cuestión ha habido otra que ha llamado la atención de la Sección Tercera y es la que se refiere a la acción pertinente para aducir una pretensión de enriquecimiento sin causa en aquellos casos en que resultaría procedente pues se cuestiona si se trata de una acción autónoma o, por el contrario, puede utilizarse para ello la acción de reparación directa prevista en el Código Contencioso Administrativo.

Que se trata de una acción autónoma la soportan sus defensores en que el enriquecimiento sin causa, amén de exigir la inexistencia de una causa lo que descarta la acción contractual, es de carácter compensatoria y no indemnizatoria y por ende no puede ejercerse para ello la acción de reparación directa pues en esta se persigue la declaración de la responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización integral de los perjuicios.

Quienes sostienen que el enriquecimiento sin causa puede pretenderse al amparo de la acción de reparación directa se apoyan en que de acuerdo con el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo mediante esta acción se puede demandar la reparación del daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

La siguiente reseña jurisprudencial denota las diversas posturas sobre éste punto y sus fundamentos:

11.1 La acción de reparación directa como vía procesal adecuada para obtener la declaratoria de enriquecimiento sin justa causa.

La jurisprudencia consideró tradicionalmente que el cauce procesal adecuado para ventilar la pretensión de restablecimiento patrimonial derivado de una eventual declaratoria de enriquecimiento sin justa causa lo constituía la acción de reparación directa. En efecto, en sentencia de 1984, la Sala afirmó:

“Tan cierta es esta inconstitucionalidad que ni siquiera la entidad demandada presentó como excepción el acto de reconocimiento. No puede olvidarse tampoco para negarle todo el valor ejecutorio a dicho reconocimiento, que cuando la administración compromete su responsabilidad con sus hechos y omisiones, por regla general, no procede la petición indemnizatoria formulada

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente 35026. C. P. Enrique Gil Botero.

directamente ante ella. Refuerza esta afirmación el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que muestra cómo la petición de perjuicios se hace al juez sin que previamente se haya buscado un pronunciamiento administrativo.

“Lo expuesto muestra, así mismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la actio in rem verso se da en el presente caso.

“En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra salida que la escogida por la demandante.

“Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del Código de Comercio viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

“Debe entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; hecho perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio” (las negritas son de la Sala)⁵⁶.

En el mismo sentido, la Sala ha afirmado:

“Por eso la Sala comparte la motivación del tribunal y reitera la jurisprudencia contenida en sus fallos de marzo 12 de 1987 (Proceso 4101) actor Mora Mora y Cía. Ltda. y agosto 6 del mismo año (Proceso 3886 Actor Conic Ltda.) De este último fallo, se destaca:

“En suma, cuando las obras encajan dentro del objeto del contrato, las acciones derivadas de su ejecución y cumplimiento son típicamente contractuales. En cambio, cuando ciertas obras no quedan comprendidas en él y se ejecutan a instancia de la entidad pública y bajo su apremio, ese exceso no tiene su respaldo en un contrato y su controversia no debe ser contractual. Por lo menos este ha sido el manejo de esta Sala, mayoritariamente, con la salvedad de señor Consejero Valencia Arango, quien insiste en su tesis, ha venido dando a tales situaciones con apoyo en “la actio in rem verso.” En otras palabras, cuando debiéndose celebrar el contrato adicional no se hace y pese a eso se ejecutan las obras, la controversia, de contenido indemnizatorio, encuentra su apoyo en el enriquecimiento incausado.”

(...)

“Si se adopta la solución propuesta por el tribunal, ello obedece a que ante la ausencia del contrato adicional que debió celebrarse, es más justa para la persona que ejecutó la obra, pese a ese vacío, subsumir la acción en los supuestos de la actio in rem verso, que obligarla a demandar contractualmente apoyada en un contrato que no llegó a perfeccionarse.

“Y la justicia está en esta forma de parte de la demandante, no sólo porque se produjo el enriquecimiento para el Fondo y el empobrecimiento consecuencial para Ingecos Ltda. en cuanto al valor de lo ejecutado y no pagado, sino porque tanto ese enriquecimiento como el empobrecimiento no tuvieron una causa (el

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 1984, Exp. 4070, C.P. Carlos Jaramillo Betancur.

adicional 378 / 78 no logró perfeccionarse, aunque si ejecutarse); y porque la demandante no tenía, en las circunstancias anotadas, una acción contractual específica que le permitiera el reconocimiento de la labor ejecutada”⁵⁷.

En posterior pronunciamiento, la Sala indicó:

“La Sala revocará la sentencia del Tribunal cuya falta de consistencia jurídica es ostensible; en efecto, la cooperativa demandante partió del hecho cierto de la inexistencia del contrato de arrendamiento que proyectó pero que nunca pudo celebrar con la Nación; sobre esta base no contradicha por la entidad demandada, se enfrentó a la improcedencia de la acción contractual, la que, como lo dice su nombre, tiene su fundamento en el contrato, y resolvió, en consecuencia, acudir a esta jurisdicción por la vía de la reparación directa, alegando que la administración había ocupado temporalmente y sin contraprestación alguna un bien inmueble de su propiedad.

“Esto es suficientemente claro; sin embargo, para abundar en razones, es bueno repasar el precepto del artículo 87 del C.C.C., vigente a tiempo de presentar la demanda, que legitimaba a cualquiera de las partes en un contrato administrativo o en uno privado con cláusula de caducidad a pedir del juez un pronunciamiento sobre la existencia o validez (del contrato); la revisión (del contrato); la declaración de incumplimiento (del contrato); la responsabilidad derivada de él (del incumplimiento del contrato) y la nulidad absoluta (del contrato); para la proposición de esta última estaban legitimados también el ministerio público y la persona directamente interesada en el contrato. Como se ve, todas las pretensiones debían fundarse en el contrato para lo cual el demandante debía partir del supuesto de su celebración y de su existencia; esta situación no varió luego de la expedición y vigencia del Decreto Extraordinario N° 2304 de 1989, cuyo artículo 17 reemplazó el 87 del Decreto Extraordinario No. 01 de 1984.

*“En síntesis –para el caso concreto– no era procedente la acción contractual pues la demandante fundó su pretensión en el hecho de la inexistencia del contrato de arrendamiento, y, por lo tanto, no le quedaba camino distinto que demandar la reparación del daño a través de la acción de reparación directa, tal y como efectivamente lo hizo.
(...)*

“En los hechos que se juzgan, no hay duda del enriquecimiento de la administración (consistente en el uso y disfrute del inmueble durante algo más de 5 años) y el empobrecimiento correlativo de Cooperagro que no usufructuó el bien pero tampoco recibió contraprestación por ello; el enriquecimiento descrito de causa, pues el contrato de arrendamiento proyectado no fue más que un frustrado intento; finalmente, como se vio antes, la actora no tenía remedio jurídico distinto que la acción de reparación directa fundada en el enriquecimiento sin causa de la administración.

“En síntesis, están reunidos los elementos que la jurisprudencia ha exigido para la procedencia de la acción de in rem verso, razón por la cual se condenará a la Nación a reparar el daño ocasionado”⁵⁸.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 1991, Exp. 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 1992, Exp. 5876, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Lo anterior quedó plasmado, también, en una sentencia de 1997 con la cual se dirimió la discusión relacionada con el pago de obras adicionales sin el debido sustento contractual; en aquella ocasión la Sala consideró que:

“El último requisito exigido para la procedencia de la actio in rem verso es el referente a que esta acción sea la única que pueda ejercer el demandante.

“En primer lugar, se excluyen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas respectivamente en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, porque requieren de la existencia del respectivo acto administrativo cuya ilegalidad se pretenda de manera principal y en el presente caso no se está en presencia de ninguno.

“En segundo lugar, tampoco se puede hablar del ejercicio de la acción relativa a “controversias contractuales” –artículo 87 del mismo código– porque la obligación de reparar en este caso no tiene su origen en ningún contrato como fuente de obligaciones, ya que éste no llegó a celebrarse, sino en el hecho de haberse ejecutado unas obras por la firma PAVIMENTOS AMERICA LTDA a instancias y por instrucciones de la CAJA DE VIVIENDA POPULAR.

“Al respecto la Sala en sentencia de 28 de enero de 1994, expediente No. 6306., actor: José Ramón Vásquez Arroyave., Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, ha dicho que:

“...la ausencia de los trámites necesarios para la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, no da lugar a la declaración de nulidad, si no a la ausencia del contrato, llamada comúnmente Inexistencia como grado máximo de ineficacia negocial”.

“En este punto la Sala comparte lo expresado por el ministerio público en su concepto (C.1., fls. 153 - 168), en los siguientes términos:

“...Más que de una relación contractual, se debe hablar de una de hecho, relación que le da sustento a la actio in rem verso si se entiende - como en estricto sentido jurídico debe hacerse - que el enriquecimiento sin causa, como fuente de derechos y obligaciones, tiene la categoría de hecho. De ahí que la jurisdicción haya decidido que a la actio in rem verso le corresponde el trámite de las acciones de reparación directa. La administración, apremiada por el cumplimiento de sus compromisos con la comunidad del barrio Ciudad Bolívar, acordó y ordenó a un constructor la ejecución de unas labores que - a pesar de las promesas de la propia administración - nunca tuvieron respaldo en un contrato administrativo debidamente perfeccionado. Después, no encontró la causa legal a la cual pudiera imputar el pago de lo debido”

“Lo que lleva a concluir que la vía procesal escogida por el demandante – acción de reparación directa– es idónea, si se tiene en cuenta que se dio una relación de HECHO entre la sociedad actora y la CAJA, más que una jurídica o de derecho”⁵⁹.

En el mismo sentido, la Sala consideró:

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 1997, Exp. 10030, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

“De los anteriores fallos puede deducirse que la acción que se invocó en cada uno de los casos expuestos dependía de las pretensiones de la demanda, ya fuera para que el juez administrativo declarara el enriquecimiento sin causa de la entidad pública a costa de los servicios prestados por el particular, encaminada por la acción prevista en el art. 86 del c.c.a, o bien declarara la existencia o validez del contrato por la del art. 87 ibídem, o como en el caso debatido en el expediente 11.099 donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en uso de las facultades interpretativas que el juez tiene de la misma.

“En este orden de ideas, el criterio que ha orientado la calificación de la acción es la existencia de un contrato, así se haya frustrado su perfeccionamiento para ejecutarlo válidamente. De tal manera que aquellas actividades que realizan los particulares para la administración pública y que debieron enmarcarse en una relación contractual pero que no se hicieron, pueden orientarse por la vía de la reparación directa siempre y cuando se den los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa: un enriquecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; una relación de causalidad y la ausencia de causa jurídica. En tanto que cuando el contrato existió así no se haya perfeccionado, ese acuerdo de voluntades como convenio jurídico celebrado, puede derivar responsabilidad de la administración por la vía de la acción de controversias contractuales, la cual como se sabe puede dirigirse a que se declare la existencia, nulidad o incumplimiento de un contrato, las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, su revisión y al pago de perjuicios y condenas de todo orden derivadas de la ejecución de un contrato estatal (art. 87 c.c.a)”⁶⁰.

Así las cosas, la Sala reconoció, hasta el año 2009, el carácter autónomo del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa y de la *actio in rem verso* como mecanismo procesal adecuado para ventilar las controversias que tuvieran como fundamento dicho principio, sin embargo, atendiendo el carácter extracontractual de dicha pretensión lo ubicó dentro de las hipótesis de procedencia de la acción de reparación directa, tratándolo como un hecho administrativo.

11.2. La *actio de in rem verso* como acción autónoma e independiente.

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

Esta posición fue asumida sin ambages por la Sala a partir de dos providencias emitidas en el año 2009. En sentencia del 29 de enero de 2009, la Sala afirmó:

“Pero como la pretensión de la parte actora está orientada a que se ordene la reparación integral de los perjuicios que considera haber sufrido, es decir,

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2000, Exp. 12775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

que pretende también el reconocimiento del lucro cesante,⁶¹ representado en el pago de los frutos civiles que el capital adeudado hubiere producido, de haberse pagado en tiempo al acreedor, esto es, dentro del mes siguiente de presentada la cuenta de cobro, según lo prevé la Ley para las ventas o suministros al fiado⁶²; será necesario establecer si dicho reconocimiento y pago resulta procedente.

“La Ley 446 de 1989, en su artículo 16, estableció la necesidad de que en los procesos judiciales, en los cuales se pretende la reparación de los daños causados, ésta se haga consultando los principios de indemnización integral, norma que impone al fallador el deber de acatar este precepto legal, lo cual no significa que su aplicación se haga indistintamente en todos los asuntos en los cuales se demande la reparación de los daños causados por la Administración, puesto que será preciso analizar la situación fáctica y jurídica de cada caso concreto con el fin de determinar si procede o no la reparación integral.

“En asuntos como el que en esta ocasión ocupa la atención de la Sala, han sido diversos las posturas adoptadas por la Sala, tal como se expuso ampliamente en acápite anterior de esta providencia. En virtud de la tesis positiva, la Sala con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, reconoció⁶³ la reparación integral del daño -daño emergente y lucro cesante-, causado por la Administración, cuando el particular había ejecutado prestaciones sin que hubiere precedido un contrato u orden escrita de la Administración.

“No obstante lo anterior, la Sala en sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 14669, modificó su postura y fijó su criterio en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, determinando que su naturaleza es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole como lo son el pago de las utilidades o frutos civiles del capital pues ello conllevaría a desnaturalizar la teoría del enriquecimiento sin causa y a dar a la actio de in rem verso un alcance que desborda las pretensiones que le son propias.

“Desde esta perspectiva, en eventos como el que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, es decir, cuando la acción que es ejercida es la de in rem verso, el acreedor no tiene derecho a los frutos civiles que hubiere producido el capital pagado en forma tardía y si esto es así, nunca tendría la posibilidad de que hicieran parte de su patrimonio, el cual jamás podría considerarse empobrecido por su no reconocimiento y pago. Igual razonamiento cabe hacer en relación con el patrimonio del

⁶¹ La ley civil ha definido los conceptos de daño emergente y lucro cesante en los siguientes términos: **“Artículo 1614.-** Entiéndese por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por **lucro cesante**, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

⁶² (Art. 885 del C. de Co.)

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1998, Exp. 11099, M.P. Daniel Suárez Hernández.

deudor, puesto que al no proceder el pago de los intereses en favor del acreedor, su patrimonio no podría verse beneficiado por la no erogación de dichos emolumentos, sencillamente porque jamás estaría obligado a pagarlos cuando se adelantara una acción por enriquecimiento sin causa.

“En este orden de ideas fuerza concluir que en el presente caso no se configuran estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, consistentes en el enriquecimiento de un patrimonio y el correlativo empobrecimiento del otro, toda vez que la situación de hecho no generó un enriquecimiento en el patrimonio de la entidad pública demandada, como tampoco un empobrecimiento en el patrimonio del particular que suministró los medicamentos, de una parte, porque su valor fue satisfecho por la Administración y de otra, porque en virtud de la citada teoría no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comportaría la reparación integral, sino a una compensación lo cual descarta, de plano, tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos.

“Concluye la Sala que en el caso examinado no procede el pago de los intereses reclamados por la parte actora, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido, pero por diferentes razones” (las negritas son de la Sala)⁶⁴.

Posteriormente, en sentencia del 22 de julio de 2009, la Sala dejó sentada su posición al respecto:

“El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de in rem verso⁶⁵ –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos.

(...)

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

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

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 15662, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁶⁵ Cita textual del fallo: “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.

“La misma tiene por objeto no permitir a una persona enriquecerse sin causa legítima, a costa de otra.” CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Pág. 122.

“Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. “Lo anterior, como quiera que, tal y como se precisó en el acápite anterior de esta providencia, la citada fuente de las obligaciones se refiere al derecho que le asiste a la parte empobrecida –que al haber actuado de buena fe tanto en los tratos preliminares como en la ejecución de las obras o del servicio por fuera del ámbito contractual–, de ser al menos compensada en el monto en que su patrimonio fue aminorado.

(...)

“En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. –esta última de naturaleza indemnizatoria-⁶⁶.

“Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente⁶⁷, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.

“En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal –en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.⁶⁸⁶⁹.

⁶⁶ Cita textual del fallo: “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.” DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

⁶⁷ Cita textual del fallo: “La sentencia emanada de la Corte de Casación francesa de fecha 5 de junio de 1892 marca un hito en el tema que nos ocupa, por cuanto, por primera vez, se consagra la acción de enriquecimiento sin causa como autónoma, no sólo del principio general sino ajeno a la doctrina cuasicontractual.

“El caso planteado ante la Corte contempla la pretensión de un vehículo de un vendedor de abonos a un arrendatario insolvente, de reclamar el cobro de ellos al propietario del campo que se benefició con la cosecha; la resolución se inclina por la afirmativa aceptando la virtualidad de la acción in rem verso como mecanismo técnico adecuado para restablecer el equilibrio quebrado.

“El fallo declara que esta acción deriva del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro...” AMEAL, Oscar “Enriquecimiento sin causa, subsidiariedad o autonomía de la acción”, en “RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL TERCER MILENIO – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 1067.

⁶⁸ Cita textual del fallo: Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. **Este procedimiento**

Lo anterior se entendió como una consecuencia de la interpretación de las características de la acción *in rem verso*, expuestas por la Sala:

“La acción tiene una serie de características que, a continuación, se exponen:

a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado.

Sobre este elemento definitorio, la doctrina autorizada ha precisado:

“La jurisprudencia, adoptando la fórmula de Aubry y Rau ha determinado que la acción sólo puede ser iniciada si el demandante no dispone de ninguna otra acción surgida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito...”⁷⁰

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

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

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

“Además, debe recalcarse la viabilidad de este instrumento legal, como quiera que la Sala en reciente providencia de 29 de enero de 2009, expediente 15.662 precisó⁷¹:

“El conjunto de estas circunstancias evidencia que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de controversias contractuales, por la parte actora, ni las pretensiones tienen como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual, sino que realmente se trata de una acción muy diferente, denominada, acción de enriquecimiento sin causa.

*“En este orden de ideas, debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de *in rem verso*, en tanto que no es posible discutir, por vía de la*

también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.” (negritas adicionales).

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁰ Cita textual del fallo: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Ob. Cit., pág. 267.

⁷¹ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

*acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuerte no es contractual*⁷².

En este sentido, dado que se trataba de integrar al subsistema jurídico administrativo la *actio in rem verso* existente en el derecho privado, se requería la *recalificación* de la acción incoada por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo; respecto de esta facultad del juez, en reciente sentencia la Subsección A de esta misma Sección Tercera, indicó:

“Así pues, a pesar de que en el caso sub judice la demanda —a semejanza de lo relatado en el pronunciamiento varias veces referido— fue presentada con invocación de la acción de controversias contractuales, podría pensarse que el juez se encuentra llamado, en aplicación del principio iura novit curia al igual que del mandato constitucional que impone la prevalencia del derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales —artículo 228 superior—, a interpretar los términos del libelo inicial del proceso con el necesario respeto por la causa petendi para establecer que, en realidad, el accionante lo que reclama es el reconocimiento y orden de pago de las compensaciones derivadas de la configuración de un supuesto enriquecimiento sin causa en detrimento suyo, por manera que una hipotética ‘inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 (sic) superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma’⁷³.

“En el presente proceso una eventual adecuación, por vía interpretativa a cargo del juez, del cauce procesal con miras a posibilitar una decisión de fondo no comportaría una alteración ora del petitum ora de la causa petendi de la demanda, comoquiera que la pretensión de pago de los dineros a los cuales el accionante considera tener derecho por haber desarrollado actividades de asesoría en formulación de proyectos, fue efectivamente formulada en la demanda y los fundamentos fácticos en los cuales la misma se sustenta resultan idénticos a los que hasta ahora se han traído a cuento en este proveído —y que no resultan idóneos para hacer prósperas las dos primeras pretensiones del libelo demandatorio—, relativos, precisamente, a las actuaciones que el señor Raúl Quijano Melo manifiesta haber llevado a cabo en el sentido de que habría brindado su asistencia profesional a varios municipios del Departamento de Nariño para que éstos presentaran proyectos de inversión a las autoridades encargadas de asignar recursos de cofinanciación.

“Asimismo, dicha eventual adecuación del cauce procesal no comporta una vulneración del derecho al debido proceso radicado en cabeza de la entidad accionada, toda vez que ésta ha tenido la posibilidad cierta y efectiva de defenderse, a lo largo del trámite de la causa, de idénticos

⁷² Consejo de Estado. Auto del 6 de agosto de 2009. Expediente 13001-23-26-000-2005-01843-01 (33.921). MP: Enrique Gil Botero.

⁷³ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 29 de enero de 2009, Expediente 15.662, M.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

planteamientos formulados por la parte actora, los cuales estarían soportados, desde el punto de vista probatorio, en los mismos presupuestos fácticos que tienen que ser materia de análisis a efectos de establecer si se ha configurado, o no, un supuesto de enriquecimiento sin causa que debiere dar lugar al reconocimiento de las compensaciones económicas que resultaren procedentes⁷⁴ (las negritas son de la Sala).

12. La anterior reseña de la evolución jurisprudencial pone en evidencia que hay 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 tipo de asuntos y por ello ha asumido el conocimiento del presente caso.

12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia⁷⁵ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831⁷⁶ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

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

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

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

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

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 17008.

⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

⁷⁶ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

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

Así que entonces, la buena fe objetiva *“que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte”*⁷⁷, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y *“por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”*,⁷⁸ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

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

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho *“constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”*⁷⁹

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

⁷⁷ En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁷⁹ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

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 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.

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

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

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

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la *condictio* perteneciente a la respectiva materia, materia esta que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

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

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

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

Por consiguiente, de la *actio de in rem verso*, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos⁸⁰ y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.

Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos⁸¹ y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones.

El caso concreto

⁸⁰ Numeral 6 del artículo 134B del C.C.A.

⁸¹ Numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.

15. En este asunto el demandante ha apoyado sus pretensiones en el hecho de haber celebrado con la administración varios contratos verbales y con fundamento en estos construye sus reclamaciones económicas.

Este *petitum* así aducido y con tales fundamentos ya lo hacen impróspero puesto que en términos sencillos el demandante reclama derechos económicos derivados de contratos que nunca existieron por haberse omitido la solemnidad que la ley imperativamente exige para su formación o perfeccionamiento, lo que en otros términos significa que si no existieron los contratos tampoco se produjeron los efectos que les serían propios y por ende nada puede reclamarse con base en lo inexistente.

Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley.

En efecto, el sustento de las pretensiones está precisamente en que se realizaron obras sin contrato alguno o, lo que es lo mismo, inobservando los mandatos imperativos de la ley, razón por la cual la transgresión de ésta no puede traerse ahora como una causa para reclamar.

Admitir lo contrario argumentando la buena fe subjetiva del demandante significaría hacer prevalecer el interés individual de éste sobre el interés general que envuelve el mandato imperativo de la ley que exige el escrito para perfeccionar el contrato estatal, no debemos olvidar que el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó.

Ahora como el asunto que aquí se debate no se encuentra en ninguno de los casos excepcionales que esta providencia mencionó, ya que no hay medio probatorio que así lo demuestre, es evidente que el reconocimiento del enriquecimiento sin causa no resultaba procedente en este caso.

En efecto, no aparece probanza alguna que enseñe que la administración constriñó o impuso al contratista la ejecución de esas obras adicionales para que ahora con fundamento en esto pueda admitirse el enriquecimiento sin causa por quedar comprendida la situación dentro de ese caso excepcional.

Tampoco aparece rastro probatorio alguno que indique que se trata de aquellos otros dos casos de excepción en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta con las condiciones que esta providencia exige.

En síntesis, como el enriquecimiento sin causa no puede pretenderse para desconocer o eludir normas imperativas y como quiera que el Tribunal acogió las pretensiones de la demanda con fundamento en un enriquecimiento incausado, sin que ello fuera procedente, la sentencia apelada será revocada para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se ordenará compulsar copias toda vez que en el expediente aparece que estas fueron ordenadas por el Tribunal Administrativo del Tolima al

momento de resolver sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio⁸² adelantado entre las partes sobre el tema aquí debatido.

En mérito de lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **NEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES** de la demanda.

SEGUNDO: ORDENAR DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidente

HERNAN ANDRADE RINCÓN
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Magistrado

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

⁸² Fls. 27 a 30 del Cdo. No.1

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - La decisión de unificación convierte la figura del enriquecimiento sin causa en una figura inoperante. Salvamento de voto

La manera como la Sala unificó su jurisprudencia en la providencia de la que me aparto convierte al enriquecimiento sin causa en una figura inoperante en el campo de lo contencioso administrativo, de suerte que, si se presenta un desplazamiento patrimonial –sin mediar causa o motivo alguno que lo justifique–, que enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra, a partir de la decisión de la que me aparto no existe vía posible para contrarrestar tal situación de inequidad. Ello por cuanto, además de quedar descartada de plano la ruta que ofrece la actio de in rem verso, la acción de reparación directa aplicada excepcionalmente a los supuestos previstos por los literales a) y b) del proveído del que me aparto –ajenos por completo a los presupuestos del enriquecimiento sin causa–, impide materializar el principio de equidad que se ve desconocido cuando tiene lugar o se presenta un enriquecimiento sin causa. (...) Al contrario de lo resuelto en la providencia de la que me aparto, considero que en el caso concreto se configuraron los supuestos para la existencia de un enriquecimiento sin causa, toda vez que se presentó: i) enriquecimiento; ii) empobrecimiento correlativo; iii) conocimiento por parte de la entidad pública aunque no consentimiento, porque éste es reglado y iv) buena fe, por cuanto no fue desvirtuada. Así las cosas, estimo que el resultado ajustado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, observado en su conjunto, habría sido acceder a las pretensiones de la parte actora. (...) en mi parecer la Sala en ejercicio de su tarea de unificación jurisprudencial sobre la procedencia del enriquecimiento sin causa “en la ejecución de actividades en favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre ésta y el ejecutor”, resolvió reemplazar al legislador y desconocer al constituyente con el propósito discutible, por cierto, de defender a ultranza la sujeción a las normas imperativas que rigen la actividad contractual de la administración para lo cual prescindió de una regla milenaria acorde con la cual no es lícito que alguien se enriquezca a costa de otro injustamente. No sólo descartó la decisión mayoritaria la posibilidad de acudir, con el propósito de hacer valer la pretensión de enriquecimiento sin causa, a la actio de in rem verso, sino que para el efecto modificó –vía jurisprudencial–, lo dispuesto por el legislador en el C.C.A. así como en la Ley 100 de 1993 y varió el entendimiento del artículo 83 constitucional al sostener que en materia de contratación estatal no opera la buena fe subjetiva y que, aquella que en este campo opera, esto es, la buena fe objetiva, no se presume. Adicionalmente –fl. 61 literal b)–, pasó por alto la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho constitucional fundamental a la salud –sentencia C-760 de 2008– mediante la cual se reafirmó el carácter fundamental autónomo de ese derecho –posición ésta adoptada por la Corte Constitucional de manera expresa en la sentencia T-016 de 2007–.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 83

NOTA DE RELATORIA: En relación con el tema, ver: Corte Constitucional, sentencias T-016 de 2007 y C-760 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA

Demandado: MUNICIPIO DE MELGAR

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)

Con el respeto habitual por las posturas mayoritarias de la Corporación, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mediante el cual la Sección Tercera en Sala Plena unificó la jurisprudencia en relación con la figura del enriquecimiento sin causa y frente a la procedencia en el ámbito contencioso administrativo de la *actio de in rem verso*.

Para mostrar las razones de discrepancia seguiré el siguiente orden expositivo: en primer lugar, me referiré brevemente a la manera cómo ha evolucionado la figura de la *actio de in rem verso* en el derecho europeo continental y en el derecho anglosajón; resaltaré especialmente la perspectiva alemana que en punto a la procedencia de la *actio de in rem verso* en cuanto acción autónoma se acerca más a la práctica sostenida en el ámbito de la tradición anglosajona.

Posteriormente indicaré los motivos con sustento en los cuales este enfoque encaminado a preservar la autonomía de la figura del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso* –que impide confundirla o hacerla equivalente a la acción contencioso administrativa de reparación directa–, resulta a todas luces más apropiado y acorde con los alcances que la jurisprudencia contencioso administrativa le había fijado a la figura y con el principio de equidad que desde la Constitución irradia sobre todo el ordenamiento jurídico y que habría permitido realizar en casos como el que ocupó la atención de la Sala el orden justo con miras a la convivencia pacífica en los términos del artículo 2º constitucional.

1. Breve recuento de la figura del enriquecimiento injusto, su evolución histórica y su recepción en los sistemas jurídicos más representativos: la tradición civilista y la anglosajona

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el criterio de conformidad con el cual nadie puede enriquecerse a expensas de otro, se hunde en las raíces de los tiempos⁸³. Fue enunciado por los antiguos romanos aun cuando su concepción en ese entonces era demasiado general para dar cuenta de los casos en que el derecho romano brindó satisfacción con sustento en la aplicación de este principio

⁸³ Paolo GALLO, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, artículo consultado en la página web <http://www.trans-lex.org/123200> el día 31 de mayo de 2012. Traducción libre. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de 30 de marzo de 2006, Rad. No. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), CP. Ramiro Saavedra Becerra.

de equidad. Con todo, su ascendiente ha sido permanente, pues tanto los ordenamientos contruidos bajo el influjo del derecho civil como aquellos estructurados bajo la influencia del derecho anglosajón, consideraron la posibilidad de elevar el principio a la categoría de regla, de modo que para aplicarlo fuere suficiente comprobar que una parte se enriqueció a expensas de la otra parte⁸⁴. Regla que la postura mayoritaria de la cual me aparto, omitió, como más adelante se entra a demostrar.

Si bien en sus inicios el derecho romano no previó una vía general para remediar el enriquecimiento injusto, ofreció tres caminos específicos: i) *condictio*⁸⁵; ii) *negotiorum gestio*⁸⁶; iii) *actio de in rem verso*⁸⁷. Como se puede ver, en el derecho romano clásico, al igual que en el antiguo derecho inglés, se permitían determinadas vías para obtener compensación bajo estrictas condiciones. Esta situación comenzó a hacerse más flexible con la compilación del derecho romano. A diferencia de la concepción clásica –muy casuística–, se impuso una tendencia al positivismo y a la generalización que dio lugar a la pérdida de la rigurosidad primitiva, especialmente, en los casos de compensación por enriquecimiento injusto.

El fundamento conceptual de esta nueva tendencia está contenido en la frase atribuida al jurisconsulto Pomponio “*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*” –“por Derecho Natural no es conforme a la equidad hacerse rico sin derecho y en detrimento de otro”⁸⁸–. Sobre esa base teórica, en la compilación justiniana se desarrolló una figura nueva denominada *negotiorum gestio utilis* que, a diferencia de la noción inicial de *negotiorum gestio*, no exigía ya que el acto se efectuara en interés de otra persona⁸⁹. Adicionalmente, la *actio de in rem verso* y la *condictio* también se utilizaron más allá de su original campo de aplicación⁹⁰. La idea inicial fue extendida en el sentido de obligar a los infantes y a las personas incapaces a retornar lo que habían obtenido como consecuencia de la ejecución de un contrato –contraído con ellos–, que por tal motivo carecía de validez. Así mismo, el ámbito de aplicación de la *condictio* fue ampliado con miras a habilitar al ejecutante de buena fe para ser compensado por sus ejecuciones. Ninguna de estas situaciones se hallaba prevista en el derecho romano clásico⁹¹.

Durante el medioevo tres situaciones llamaron la atención de los juristas: i) las mejoras realizadas de buena fe en la propiedad de otra persona; ii) la apropiación

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Fue la ruta prevista por los juristas romanos para habilitar a quien pagó dinero o suministró bienes en el error de obtener como contraprestación dinero o bienes. A diferencia de lo que ocurría en el derecho anglosajón, el derecho romano tenía previstos instrumentos para recuperar el valor de los servicios prestados. La figura de la *condictio* exigía para su procedencia que se hubiere transferido la propiedad (*datio*), y entonces su uso carecía de sentido cuando alguien había actuado por medio de un contrato nulo. Cfr. *Ibíd.*

⁸⁶ Fue una figura estructurada con apoyo en la noción de agencia (*mandatum*). Su propósito consistía en que quien se obligó a obrar –mediando una situación de emergencia para proteger los intereses de una tercera persona y, por ello mismo, sin contar con su aquiescencia–, pudiera ser compensada (o) en vista de su actuación altruista. Cfr. *Ibíd.*

⁸⁷ Fue introducida con el fin de obligar al padre (*pater familias*) a devolver lo que había obtenido como consecuencia de un contrato ejecutado por su hijo. La responsabilidad indirecta, en cabeza del padre por las obligaciones contractuales asumidas por el hijo, se concibió de modo muy estricto y sólo se presentaba en el evento en que hubiere recibido el padre algo bajo el contrato realizado por el hijo. Cfr. *Ibíd.*

⁸⁸ Vidal SUNCIÓN INFANTE, “Enriquecimiento sem causa: uma visão holística” en Espaço Acadêmico No. 45 – Fevereiro / 2005 – Mensal – ISSN 1519.6186 ANO IV consultado en la página web www.espacioacademico.com.br el día 6 de junio de 2012.

⁸⁹ Paolo GALLO, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, artículo consultado en la página web <http://www.trans-lex.org/123200> el día 31 de mayo de 2012. Traducción libre.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

de valor acaecida como consecuencia del uso o de la disposición de los bienes de otra persona; iii) el enriquecimiento indirecto –vb.gr., cuando alguien construye un muro para prevenir inundaciones y con ello beneficia a los vecinos sin que ellos hayan consentido la construcción del muro–.

La tendencia a generalizar las vías jurídicas diseñadas por el derecho romano clásico abrió, entonces, un horizonte para el desarrollo de un camino general que remediara el enriquecimiento sin causa, pero esta cuestión vino a cristalizarse únicamente en las postrimerías del siglo XIX⁹². Tal fue el caso del derecho alemán.

Teniendo en cuenta las tesis desarrolladas por Savigny en su *Sistema del Derecho Romano Contemporáneo –System des heutigen römischen Rechts–*, la codificación civil alemana –*Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante: BGB–, no solo prescribe de manera general que a nadie le está permitido enriquecerse a expensas de otro sin que medie justa causa (§ 812 BGB)⁹³, sino que enumera asimismo los diferentes remedios propios de la *condictio*: i) *condictio indebiti* (§§ 813-814); ii) *condictio causa data causa non secuta* (§ 815); *condictio ob turpem vel injustam causam* (§ 817) etc. Así las cosas, el BGB adoptó un sistema híbrido que combina, por un lado, el principio general y, por el otro lado, la enumeración de varios remedios de tipo particular⁹⁴.

Una de las aplicaciones más frecuentes de la figura del cuasi contrato se presenta cuando el contrato se ejecuta aún a pesar de su nulidad. En tal situación, la compensación está sujeta a varias exigencias: i) debe demostrarse la ausencia de obligación de pagar, esto es, la invalidez del contrato y ii) que quien pagó no ha recibido nada a cambio de su pago⁹⁵.

⁹² El Código de Napoleón no ofreció ningún remedio general para el enriquecimiento sin causa y reguló exclusivamente los dos cuasi contratos tradicionales: *negotiorum gestio* y *condictio* (art. 1371-1381). Esta situación se mantuvo incluso bajo la aplicación de la figura de la *negotiorum gestio utilis* hasta que los tratadistas Aubry y Rau –dos de los más brillantes juristas franceses del siglo XIX–, abrieron la posibilidad de clarificar la cuestión en la medida en que fueron los primeros en separar las antiguas figuras desarrolladas por el derecho romano clásico y distinguirlas de una nueva acción que ofrecía un remedio general para el enriquecimiento sin causa. Bajo este nuevo entendimiento, no resta ya espacio para aplicar la *negotiorum gestio utilis*. Ellos reafirmaron el uso de la figura de la *negotiorum gestio* en su versión original clásica y, en tal sentido, en lugar de exigir que alguien se haya enriquecido a expensas de otra persona (*utiliter gestum*), solicitaban solo que la intervención pudiera haber sido considerada útil vista a la luz de las circunstancias (*utiliter coeptum*). Si alguien interfiere de modo voluntario en los asuntos de otra persona velando por su propio interés, ellos consideraron indispensable demostrar la existencia de un enriquecimiento y la carencia de justificación (*utiliter gestum*). Cfr. *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ A principios del siglo XX, el jurista alemán Schultz intentó subsumir la obligación restitutoria bajo el concepto de la violación de un derecho. En su opinión, la obligación de restituir se apoya en un acto ilícito, que supone una interferencia injustificada o sin autorización en los derechos e intereses protegidos de los que es titular otra persona. De esta manera, el enriquecimiento sin causa se convierte en un aspecto del derecho de la responsabilidad. Schultz fue seguido por Wilburg quien pocos años después trazó una clara distinción entre casos de enriquecimiento sin causa basados en la ejecución de un contrato nulo o anulable (*Leistungskondiktion*) y todos los demás casos. Posteriormente, este concepto fue desarrollado por Kötter y por von Caemmerer. El segundo aceptó en su sistema la idea desarrollada por Schultz según la cual dicho enriquecimiento es la consecuencia de la comisión de un ilícito (*Eingriffskondiktion*) y más adelante distinguió entre casos que tienen que ver con el incremento del valor de la propiedad de otra persona (*Verwendungskondiktion*) y casos en los que alguien extingue la obligación de otra persona (*Rückgriffskondiktion*). De esta suerte, la sistematización parecía haber sido completada y fue aceptada de manera amplia por parte de la doctrina alemana. Cfr. *Ibíd.*

⁹⁵ Esta situación sufre modificaciones cuando los bienes son suministros o servicios ejecutados en el marco de un contrato no válido. En el derecho inglés los cuasi contratos integran un sistema de remedios de naturaleza contractual que pueden operar cuando alguien ha ejecutado sus prestaciones bajo un contrato no válido. Parecida regulación se aplica en Alemania, solo que mientras en el derecho anglosajón únicamente es posible obtener el valor de los bienes, en el derecho alemán existe la posibilidad de obtener los mismos bienes. En Alemania es incluso factible obtener un juicio declarativo en general pero no cuando es posible obtener un

En Francia de la misma forma que en Alemania y en países cuyo sistema jurídico exhibe una influencia anglosajona, fue factible obtener compensación, al menos el valor de bienes suministrados, con apoyo en remedios de naturaleza cuasi contractual (acción de nulidad, *quantum valebat*, *condictio*). Lo que debe ser probado (*causa petendi*) es siempre lo mismo, es decir, la nulidad del contrato. Igual cosa se predica de aquello que se pretende (*petitum*), a saber, la restitución de lo que ha sido suministrado o por lo menos su equivalente. El remedio (la acción de nulidad) no presupone la prueba del error por parte de quien ejecuta el contrato⁹⁶.

Un aspecto interesante que no resulta factible subsumir bajo la figura del cuasi contrato y que ha recibido amplio desarrollo en la doctrina alemana tiene que ver con el enriquecimiento injusto que se genera por el uso de o la interferencia en los derechos de otra persona. Acá debe recordarse que el enriquecimiento es un elemento necesario de la obligación de restituir en todos los sistemas jurídicos⁹⁷. En lo que se presentan diferencias es en lo relacionado con la demostración del daño. En efecto, mientras en Francia e Italia el daño y la correlación entre el daño y el enriquecimiento son presupuestos indispensables para fundamentar el remedio de compensación por enriquecimiento injusto, no se trata de elementos necesarios en los derechos anglosajón y alemán⁹⁸. En estos dos últimos casos, resulta suficiente el enriquecimiento a expensas de otro, es decir, originado por el uso de derechos o de intereses protegidos sin justificación⁹⁹.

Se aprecia entonces que en Francia y en Italia, la ausencia de daño o de correlación entre éste y el enriquecimiento impide la restitución y, no solo eso, en estos países deberá demostrarse que no se cuenta con otra vía específica para obtener remedio, lo que limita fuertemente su aplicación¹⁰⁰.

En general, se parte de la idea de que la responsabilidad y las acciones contractuales constituyen remedios suficientes para satisfacer la necesidad de justicia. De cualquier forma, como lo ha recordado parte de la doctrina¹⁰¹, este enfoque no es correcto; de hecho, en un número múltiple de situaciones el único elemento presente es el enriquecimiento injusto. Esto sucede en todos aquellos casos en los que alguien se enriquece a expensas de otra persona. Es decir, cuando se interfiere en o se usa un derecho o un interés protegido y el daño y el enriquecimiento se identifican.

En estas eventualidades, en las que alguien sin contar con autorización previa usa por ejemplo los derechos de autor (goodwill copyright) o bienes similares, el derecho alemán y el derecho anglosajón facilitan obtener la compensación por el enriquecimiento injusto, al margen del daño. Esta configuración diferente del

juicio de otra naturaleza. Como se considera factible obtener un juicio declarativo de la invalidez del contrato únicamente antes de su ejecución, por consiguiente, la única posibilidad es demandar la restitución de los bienes suministrados. Así mismo, en Francia quien ha contraído un contrato nulo puede simplemente dejar de cumplirlo o defenderse de la exigencia de cumplirlo demostrando que el contrato es nulo. Actualmente, en Francia también es posible obtener un juicio declarativo de la nulidad del contrato pero esta es una evolución muy reciente. A más tardar a principios del siglo XX la acción de nulidad perseguía la restitución de lo que había sido suministrado en ejecución del contrato que podía ser obtenida únicamente luego de que el contrato se había ejecutado. Cfr. *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Esta manera tan estricta de concebir la figura se debe a la influencia de Aubry y Rau. Cfr. *Ibíd.*

¹⁰¹ Cfr. *Ibíd.*

remedio –la ausencia de requerimiento del daño– y la posibilidad de renunciar a la responsabilidad civil y de recobrar el enriquecimiento injusto –compensación–, en lugar de exigir indemnización de perjuicios, explica la vitalidad de la acción de enriquecimiento sin causa en el derecho anglosajón y en el derecho alemán.

Con todo, puede hallarse amplia coincidencia –y de ello también ha dado cuenta la doctrina–¹⁰², en torno a la necesidad de comprobar que el enriquecimiento es en efecto injusto, cualquiera que sea la situación de quien lo sufre. Únicamente el enriquecimiento obtenido sin razón o justificación puede sustentar la obligación de compensar –se destaca–. Es más, en el derecho anglosajón como en el derecho europeo continental, no solo la interferencia en los derechos sino además la intervención en cierto tipo de intereses protegidos puede generar tal obligación. Por ejemplo, el uso de la ganancia que otro hace de ideas que no han sido protegidas, desde el punto de vista legal, puede ser objeto del deber de compensar.

De todas maneras, advierte la doctrina que, con el fin de fundamentar la obligación de compensar no es suficiente que alguien se beneficie con el uso de o con la interferencia en los derechos o bienes de otra persona; resulta indispensable preguntar qué tipo de apropiación debe ser o no permitida. Vb.gr., ninguna persona está autorizada para usar la casa de otra o disponer de ella sin permiso; pero es admisible que alguien admire la casa de otra persona desde fuera o tome fotografías, incluso, si el interés que persigue es venderla y obtener a cambio una ganancia¹⁰³.

En relación con la ejecución de un acuerdo imperfecto –que es el caso que ocupó la atención de la Sala en la presente ocasión–, en el derecho angloamericano se aplican remedios de naturaleza cuasi contractual (*quantum mereuit quantum valebat*); el uso de tales remedios fue extendido posteriormente a otros casos de enriquecimiento sin causa debido a que en tales eventos puede demostrarse que ha mediado aceptación. Esto puede explicar por qué en el derecho anglosajón ha sido y continúa siendo difícil sustentar un deber de compensar, cuando los bienes o los servicios no fueron previamente solicitados o subsecuentemente aceptados (*acceptio*).

Ahora bien, parte de la doctrina insiste en que la aplicación del principio del enriquecimiento injusto no puede restringirse a los casos en los que es dable aplicar los remedios propios de la figura del cuasi contrato, como acaece cuando se han ejecutado prestaciones en un contrato viciado de nulidad. Según este enfoque doctrinario¹⁰⁴, los eventos en los que se puede presentar enriquecimiento injusto son múltiples, de modo que no puede prescindirse de esta figura y, tampoco puede dejarse de reconocer en ella un carácter autónomo.

En cualquier caso, se ha destacado sobre este extremo que la prueba de que alguien se ha enriquecido a expensas de otra persona no es suficiente motivo para sustentar la obligación de compensar. Consecuentemente, se ha recomendado escepticismo frente a la creencia dominante, al tenor de la cual, en ambos sistemas –el civilista y el anglosajón–, existe un remedio general para obtener el reembolso en caso de enriquecimiento injusto, basado únicamente en la prueba de que alguien se ha enriquecido a expensas de otra persona.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Cfr. Paolo GALLO, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, artículo consultado en la página web <http://www.trans-lex.org/123200> el día 31 de mayo de 2012. Traducción libre.

Si el enriquecimiento se produce como consecuencia de: i) la conducta de una persona que se ha empobrecido en la ejecución de un contrato nulo; ii) mejorar las propiedades de otra persona o realizar servicios que benefician a otra (*negotiorum gestio*) resulta difícil garantizar una compensación si la persona enriquecida no ha requerido previamente o no ha aceptado subsecuentemente el beneficio (*acceptio*), a lo que se une que no existen otros factores sobre los cuales se pueda fundamentar la obligación de compensar. Empero, resulta necesario, en orden a fundamentar una obligación cuasi contractual: i) el requerimiento previo o la subsecuente aceptación (*acceptio*) unido ii) al envío actual de los bienes o la ejecución de los servicios. Ello es indispensable para definir finalmente el valor de la ejecución (*quantum meruit and quantum valebat*).

Como lo ha recordado la doctrina, la cuestión más compleja aparece cuando se echa de menos la aceptación de la ejecución (*acceptio*). Entonces, otros factores se tornan relevantes; por ejemplo, la ilicitud de la conducta. Incluso, la comisión de un ilícito siempre ha sido considerada suficiente fuente de obligaciones, como sucede en aquellos casos en que el enriquecimiento ha sido obtenido usando o interfiriendo en los derechos o intereses protegidos de otra persona. Estos casos son muy cercanos a la responsabilidad civil extracontractual, pero no alcanzan a confundirse con ella; lo anterior es particularmente cierto en el derecho anglosajón en el que históricamente se desarrolló un remedio que permitía a una persona exigir compensación del beneficio obtenido como consecuencia del daño, en lugar de exigir indemnización de perjuicios.

No cabe duda, sin embargo, que en la medida en que el análisis se torna más profundo, se pone en tela de juicio la existencia de un remedio general para compensar un enriquecimiento injusto basado únicamente en la prueba de que alguien se ha enriquecido sin justificación a expensas de otra persona. Algunos aspectos adicionales deben ser probados tales como: i) la aceptación de la persona enriquecida (*acceptio*); ii) el daño en un interés protegido; iii) la imposibilidad de que la persona beneficiada pueda intervenir en casos en que se presenta la figura del *negotiorum gestio (absentia domini)*; iv) la buena fe de quien actuó; v) la presencia de un “*incontrovertible beneficio*”.

De otro lado, en países de tradición jurídica civilista, se ha previsto un remedio general para obtener compensación en el contexto del enriquecimiento injusto obtenido de manera ilícita utilizando o interfiriendo los derechos o intereses protegidos de otra persona. Ámbito en el que se exige demostrar: i) el enriquecimiento; ii) el daño; iii) la correlación entre el daño y el enriquecimiento; iv) la ausencia de justificación y el carácter subsidiario de la acción. Por consiguiente, el concepto de injusticia se determina con referencia a la noción de vulneración de un derecho.

Dado que la acción ha sido configurada en esos precisos términos, su uso jamás ha sido satisfactorio. Particularmente, por cuanto no toma en cuenta todos los casos de enriquecimiento injusto susceptibles de generar problemas diametralmente diversos. Con excepción de Alemania, en los países de tradición jurídica civilista se ha considerado que bien puede tratarse del estudio de campos particulares del derecho, tales como la relación entre dueño y poseedor, tenedor y arrendador, etc. Consecuentemente, no resulta posible arribar a una comprensión más amplia del campo total de las compensaciones que podría haber sido explorado.

Entretanto, la amplitud de miras del enfoque defendido por los doctrinantes alemanes y anglosajones parece encomiable, porque ilumina el modo en que los

diferentes problemas atinentes al enriquecimiento injusto se vinculan entre sí. De suerte que, la aspiración por obtener una visión más comprehensiva evita oscurecer los aspectos en que resulta evidente que estos problemas, a pesar de estar estrechamente relacionados, difieren unos de los otros. Desde luego, esos importantes matices se esfuman en el instante en que alguien resuelve que las demandas por enriquecimiento injusto dependen de probar un único y exclusivo elemento: que una persona se enriqueció a expensas de otra.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que la *actio de in rem verso*, cuyos orígenes se remontan a la época de formación del derecho romano, es un instrumento de equidad y de justicia que busca contrarrestar el empobrecimiento que se ha originado por motivo injustificado al margen del daño, pues si de reparar se trata, el problema se subsume en el marco del cuasi delito. Lo que debe examinarse en caso de enriquecimiento injusto es el desplazamiento patrimonial carente de justificación legal. Al ser subsidiaria la *actio de in rem verso*, implica que solo puede alegarse cuando no existe otra acción disponible para restablecer el equilibrio perdido.

Si se tiene en cuenta lo anterior, fácilmente se advierte lo endeble de la postura mayoritaria en cuanto prescinde totalmente del enriquecimiento y empobrecimiento correlativos.

2. El enfoque encaminado a preservar la autonomía de la figura del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso* –que impide confundirla o hacerla equivalente a la acción contencioso administrativa de reparación directa–, resulta a todas luces más apropiado y acorde con los alcances que una parte de la jurisprudencia contencioso administrativa le había fijado a la figura y con el principio de equidad que desde la Constitución irradia sobre todo el ordenamiento jurídico

Conocido es que la pretensión de enriquecimiento sin causa por la vía de la *actio de in rem verso* busca compensar el empobrecimiento producido por el desplazamiento patrimonial sin que medie razón o motivo justificante y, en consecuencia, se propone restablecer el equilibrio patrimonial perdido. La acción de reparación directa presupone, entretanto, probado el daño antijurídico y demostrado el vínculo causal entre éste y la acción u omisión estatal ilícita o no imponer la obligación de indemnizar, al margen de la conducta del agente estatal.

En breve, lo que persigue la acción de reparación directa es la indemnización o la reparación por el daño. Por su parte, la *actio de in rem verso* opera como acción autónoma y compensatoria de un desequilibrio patrimonial –inequitativo– en el que si bien cuentan la aceptación o conocimiento del Ente público beneficiado, no se requiere la formación del consentimiento, con sus elementos de forma y fondo y aunque presupone la buena fe –art. 83 superior– admite desvirtuarla. Luego, en este último caso los presupuestos no atañen al daño, al nexo causal, a la acción u omisión de la administración, tampoco al hecho de la víctima. El enriquecimiento injusto es una fuente de las obligaciones distinta del contrato, delito, cuasidelito y de la ley.

Es verdad y, en ello le cabe razón a la decisión de la que me aparto, que la Sala se había abstenido hasta ahora de fijar una posición unificada en torno al punto; también lo es que sobre el particular se habían presentado enfoques contradictorios: en un extremo, aquel según el cual el enriquecimiento injusto puede remediarse por medio de la acción de reparación directa y, en el otro, con

arreglo al cual la *actio de in rem verso* es una acción autónoma –aun cuando subsidiaria–, cuyo propósito fundamental radica en remediar una situación de inequidad objetivamente considerada, esto es, situaciones de desplazamiento patrimonial con enriquecimiento injustificado de una parte y empobrecimiento correlativo de la otra, sin que para este último tampoco medie un motivo o razón que permita configurar una de las fuentes de aplicación preferente.

Con todo, existen razones de peso para privilegiar este último enfoque que presupone a la vez la necesidad de no confundir dos acciones cuyos rasgos característicos y finalidades son claramente distinguibles y por entero diferentes. Esta última posición, permite mostrar que confundir las dos acciones significa descartar de plano una posibilidad –como lo es la *actio de in rem verso* en cuanto acción autónoma–, para abordar fenómenos inequitativos en los cuales no se trata de considerar un daño, aunque en su concepción genérica este se presente, sino de evitar un enriquecimiento injustificado, elemento éste que genera la responsabilidad, desde luego, sin obviar que su propósito principal no es otro distinto que el de restablecer la equidad dondequiera que ésta se ha perdido, cuando ocurre un traslado patrimonial que al margen del daño enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra parte con efectos meramente correctivos de una situación de desequilibrio y no indemnizatorios.

Tan cierto es lo anterior, que en el *sub lite* la Sala se vio obligada a precisar los casos en los que supuestamente procede aplicar la figura del enriquecimiento sin causa por la vía que ofrece la acción de reparación directa; al hacerlo, no sólo apeló a una casuística que le resta alcances a dicho instituto; adicionalmente pasó por alto algo básico y es que la figura del enriquecimiento sin causa tiene unos elementos definitorios muy precisos. Debe recordarse que, al margen del contrato, del cuasi contrato, del delito, del cuasi delito y de la ley –justamente porque la situación que busca remediarse con ese instituto no encaja en ninguna de las fuentes de obligaciones mencionadas–, el enriquecimiento sin causa se convierte, como tal, en fuente de la obligación de compensar con un objetivo muy concreto, a saber, la efectiva materialización del principio de equidad.

Debo acá resaltar que la decisión mayoritaria hizo caso omiso del principio de equidad que es precisamente el que se ve puesto en entredicho con el enriquecimiento sin causa. Bajo el pretexto de aplicar el criterio que denominó “*buena fe objetiva*” terminó la Sala por opacar la cuestión hasta el punto de hacer desaparecer la necesidad de restablecer el equilibrio perdido que es, a las claras, el objeto o fin principal de este instituto.

Así, luego de citar la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en la cual, dicho sea de paso, el alto tribunal se esforzó por brindar una mirada correctiva del derecho positivo que contemplara la equidad como medio para contrarrestar los efectos inequitativos que se presentan con el enriquecimiento sin causa, la decisión mayoritaria resolvió dar un salto en la argumentación y advirtió –sin previa explicación ni justificación–, que “*la ley en algunos casos autorizaba el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señaló que la actio de in rem verso que con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley* –fl. 16–,

El argumento desarrollado por la Sala es el siguiente: en vista de que el principio de legalidad irradia todo el ordenamiento jurídico –sustantivo y procesal–, la *actio de in rem verso* en cuanto instrumento para remediar el enriquecimiento sin causa no puede ejercerse si lo que se busca con ello es eludir una disposición imperativa

de la ley. Hasta acá comparto ese aserto, aun cuando me quede la sensación de que, al centrarse en ello, la Sala resolvió iluminar solo un punto para que, sobre los otros aspectos más importantes y decisivos del enriquecimiento sin causa, reinara absoluta oscuridad.

La providencia de la que me separo comenzó sosteniendo que –fl. 16– “[e]l principal asunto en torno al cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha discurrido sobre el enriquecimiento sin causa es el relacionado con la ejecución de actividades a favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre esta y el ejecutor”. Luego de citar en extenso la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el punto y de detectar la presencia de varios enfoques discordantes, concluyó que –fls. 57-58–, *la pluralidad de posiciones sobre estos temas se traduce en una situación de ambigüedad e inseguridad*” que impone la necesidad de unificar la jurisprudencia.

Más adelante agregó que la *actio de in rem verso* no procede si con ella se pretende desconocer una norma imperativa o cogente. Se refirió a la imposibilidad de saltarse las solemnidades que según los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 resultan de imprescindible cumplimiento para el perfeccionamiento de los contratos con la administración; dijo que tales solemnidades son imperativas y deben ser cumplidas sin que la ignorancia de las mismas pueda ser alegada como excusa de su inobservancia. Es más, sostuvo de manera rotunda la imposibilidad de invocar la buena fe subjetiva para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso* y acentuó que en estos casos lo que procede aplicar tiene que ver con la buena fe objetiva que al parecer, según la decisión mayoritaria, no se presume.

Desde luego, estoy por entero de acuerdo con la decisión mayoritaria en que la *actio de in rem verso* no puede utilizarse para dejar de cumplir normas cuya observancia es imperativa. Me parece, sin embargo, que la argumentación utilizada en la decisión de la que me aparto efectúa un gran rodeo para abstenerse de abordar la cuestión central: la necesidad de remediar la inequidad resultante del enriquecimiento sin causa. No me cabe duda que, de haberse encendido esa luz, se habría iluminado el escenario completo con todos sus matices y aristas.

Ello, sin embargo, no ocurrió así. La decisión de la que me aparto utilizó una argumentación bastante alejada de los cambios que tuvieron lugar en el campo del derecho –especialmente en el ámbito del derecho constitucional– luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, que llevó incluso a replantear la posición de la ley en los ordenamientos jurídicos y condujo a destacar la imperiosa necesidad de comprender la legalidad bajo la óptica de los principios y de los derechos constitucionales fundamentales. Con ello, la decisión mayoritaria no solo encendió la luz más débil, la que menos podía iluminar el escenario completo, sino que, en mi opinión, terminó por modificar el entendimiento del principio de buena fe consignado en el artículo 83 superior descartando, de plano, que pueda presumirse la buena fe que la doctrina denomina objetiva, en orden a que puede ser predicable sin consideración a las circunstancias personales del agente y particulares de la cuestión.

Como lo ha recordado la doctrina, “[c]uando se habla de buena fe, se suele distinguir entre buena fe subjetiva y objetiva. Por una parte, haciendo una primera aproximación al concepto, ... la buena fe subjetiva es la creencia que tiene un sujeto, de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento. La buena fe objetiva, en cambio, se refiere a la honradez moral de una conducta, de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales,

económicas y jurídicas en las que se inserte aquella, lo que equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico”¹⁰⁵.

Ahora bien, no puede perderse de vista que *“el principio de la buena fe, de origen civil, desarrollado además en el Código de Comercio, tiene un rango constitucional desde que se elevó a ese nivel con la Constitución de 1991”¹⁰⁶*. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 superior *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*. Son al menos dos los componentes derivados de la disposición constitucional.

De un lado, la obligación puesta en cabeza de la Administración de obrar en todas sus actuaciones según el principio de buena fe que, como lo recuerda la doctrina, *“encuentra su contrapartida en la obligación de los particulares de observar la misma regular conducta en su acción frente a las autoridades”*. De otro lado, el deber estatal y de los particulares de *“de obrar con lealtad, sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en las actuaciones que se originan en la celebración de contratos, basados en la colaboración y confianza”¹⁰⁷*.

Como se ve, el precepto constitucional no establece una distinción expresa entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva para concluir que se presume la una y no la otra. Ya se sabe que cuando la norma no distingue, no le es lícito al interprete efectuar distinciones, más cuando con ello lo que se pretende es recortar una protección prevista en normas superiores del ordenamiento. Y es que a partir de lo establecido en el artículo 83 constitucional no puede extraerse, ni por la vía de la interpretación literal, ni por el camino de la interpretación sistemática que la presunción de buena fe solo se predica de la buena fe subjetiva y no de la buena fe objetiva.

Con todo, la decisión mayoritaria hace caso omiso de ello y termina por concluir que la buena fe objetiva no se presume, pues respecto de quien desconoce las leyes imperativas de contratación se presume la mala fe toda vez que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Según la decisión mayoritaria, ignorar la ley no releva de responsabilidad a quien la deja de observar; es más, quien actúa desconociendo preceptos legales –lo que supone dejar sin respaldo obligaciones contractuales– obra de mala fe y, por lo tanto, no está autorizado a acudir a la *actio de in rem verso*.

La decisión mayoritaria remata esta parte del argumento sobre la buena fe objetiva con la siguiente aseveración –fl. 60–: *“[p]or 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 por 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’*”.

¹⁰⁵ Vladimir MONSALVE-CABALLERO y Diana Paola RODADO-BARRETO, “La integración de La buena fe objetiva en La etapa de formación de Los contratos de consumo” en Vniversitas, Bogotá (Colombia) N° 122: 483-518, enero-junio de 2011, consultado en la red: <http://www.juridicas.unam.mx>, el día 11 de noviembre de 2012, p. 499 cita a pie de página No. 39.

¹⁰⁶ Mariana BERNAL FANDIÑO “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato” en Espaço Jurídico Joaçaba, v. 12 n. 2, p. 51-66, jul./dez. 2011.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

Cabe acá enfatizar que la distinción entre buena fe objetiva y buena subjetiva resulta, desde el punto de vista conceptual, problemática y discutible en el sentido de que quien obra de buena fe lo hace, precisamente, con la absoluta conciencia de haberse comportado leal y honradamente (buena fe subjetiva) al paso que con el total convencimiento de haber respetado la legalidad (buena fe objetiva). Puestas de esta manera las cosas, siempre habría un resquicio de subjetividad imposible de descartar tanto en uno como en otro caso; de lo contrario, la figura prevista en el artículo 83 superior sería inoperante en un sinnúmero de supuestos respecto de los cuales siempre tendría que operar el principio contrario, esto es, la presunción de mala fe.

De este modo, se daría al traste con el propósito que subyace a la disposición elevada a canon constitucional en el artículo 83 que parte, precisamente, de sostener que las relaciones entre el Estado y los particulares se edifican siempre a partir de presuponer la buena fe lo que facilita, de suyo, el funcionamiento sin roces del tráfico jurídico sobre la base de la confianza legítima imponiendo a la Administración el deber de probar cuando considera que el particular ha obrado de mala fe.

Pretender –como lo hace la decisión mayoritaria– que prescindir en materia contractual de la presunción de buena fe objetiva servirá mejor al interés general es, por decir lo menos, discutible. Lo cierto, sin embargo, es que el artículo 83 no efectúa esa distinción y, como ya se dijo, en tal caso, el intérprete no está autorizado para llevarla a cabo tratándose, como en efecto sucede en este caso, de una norma constitucional.

Cierto es que el artículo 768 del Código Civil establece que un error en materia de derecho *“constituye un error de mala fe que no admite prueba en contrario”*. Ésta que, más que presunción es una ficción cuyo sentido no es otro que el de garantizar la seguridad por medio del derecho, debe ser analizada, hoy por hoy, a la luz del ordenamiento constitucional en su conjunto; ha de ser observada en un sentido general y debe ser sopesada con otros principios constitucionales al momento de resolverse un caso concreto. Lo anterior por diversos motivos, pero, especialmente, porque puede poner en entredicho la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales. En este sentido ha dicho la jurisprudencia constitucional:

“Es preciso, además, no perder de vista lo siguiente: el legislador en desarrollo de su facultad de realizar de la manera más amplia los preceptos constitucionales puede establecer presunciones - sea con una base valorativa o con una base fáctica o con fundamento en una combinación de estos dos aspectos; sea presunciones iuris tantum, o presunciones iuris et de iure. La libertad de configuración del legislador, sin embargo, no es ilimitada; debe ajustarse a lo dispuesto en los preceptos constitucionales y ha de acomodarse sobre todo a aquellos preceptos constitucionales que contienen las fronteras dentro de las cuales se hace factible la efectiva garantía de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pueden verse vulnerados con el diseño legislativo de presunciones. Por ello no es solo recomendable sino que significa una exigencia ineludible realizar un juicio de proporcionalidad para verificar hasta qué punto elevar una valoración o un hecho o una síntesis de ambos a la categoría de presunción - sea iuris tantum o iuris et de iure -, restringe o puede llegar a restringir de manera desproporcionada un derecho fundamental. No basta con que el legislador ordene establecer una

presunción. Deben existir elementos lógicos, fácticos y valorativos suficientes que permitan hacer compatible la configuración de presunciones con la justicia, con el debido proceso y con la eficacia”¹⁰⁸.

De suerte que tratándose la norma contemplada en el artículo 768 de una disposición existente antes de la vigencia de la Constitución de 1991 en la que la garantía de los derechos constitucionales fundamentales cobra un lugar central, debe dársele aplicación preferencial a las disposiciones constitucionales “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica” (art. 4º superior).

Por los motivos expuestos considero que la manera como la decisión mayoritaria resolvió el caso concreto riñe con lo preceptuado en el artículo 83 superior, pues parte de presumir la mala fe objetiva. En este sentido concluyó la Sala:

“Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley.

En efecto el sustento de las pretensiones está precisamente en que se realizaron obras sin contrato alguno, o, lo que es lo mismo, inobservando los mandatos imperativos de la ley, razón por la cual la transgresión de ésta no puede traerse ahora como una causa para reclamar.

Admitir lo contrario argumentando la buena fe subjetiva del demandante significaría hacer prevalecer el interés individual de esto sobre el interés general que envuelve el mandato imperativo de la ley que exige el escrito para perfeccionar el contrato estatal, no debemos olvidar que el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó”.

La decisión mayoritaria no solo pasó por alto la disposición establecida en el artículo 83 constitucional y presumió la mala fe objetiva sino que desconoció el principio de legalidad toda vez que, por vía jurisprudencial, sorprendió a las partes con una regulación *a posteriori* de la figura del enriquecimiento sin causa que le restó toda operatividad en el ámbito contencioso administrativo y la redujo, como tendré ocasión de mostrarlo más adelante, a la configuración de dos supuestos los cuales nada tienen que ver con desequilibrio y la inequidad resultante a partir de configurarse un enriquecimiento sin causa.

El amplio margen de apreciación reconocido por la Constitución a las autoridades judiciales para fijar el sentido y alcance del derecho aplicable, no puede llevarse al extremo de imponer cargas que restringen de manera sensible y, sin mediar justificación constitucional alguna, el derecho de acceso a la administración de justicia.

En la medida en que las autoridades judiciales se mantengan dentro de las fronteras que fija la Constitución, pueden y, deben, adelantar una tarea muy creativa de actualización legislativa, toda vez que son los jueces quienes están llamados a insuflarle fuerza vital al derecho; sin embargo, las autoridades

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-731 de 2005.

judiciales no están autorizadas para “crear derecho”, cuando lo que en realidad se consigue es recortar las garantías constitucionales fundamentales conculcando el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia.

Al margen de lo anterior y como tuve oportunidad de mostrarlo más arriba, la perspectiva encaminada a defender la autonomía de la *actio de in rem verso* como camino para alegar el enriquecimiento sin causa encuentra su fundamento conceptual en el derecho civil y ha sido aplicada vía analógica en el ámbito de la justicia administrativa para remediar un conjunto de fenómenos que no sería factible solucionar por una ruta distinta, al no tratarse –se repite–, de hechos de naturaleza contractual o extracontractual¹⁰⁹. De ahí que, aun cuando sea excepcional, proceda aplicarla también en el ámbito de la justicia contencioso administrativa, algo que fue totalmente descartado por la Sala en la decisión mayoritaria respecto de la cual salvo mi voto.

La propia decisión de la que me aparto –fl. 63– recordó que el proceso que condujo a reconocerle a la *actio de in rem verso* un carácter autónomo “*culminó cuando Aubry y Rau entendieron y expresaron que la actio de in rem verso debía admitirse de manera general para todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona, sin causa legítima, se enriquecía en detrimento del de otra y siempre y cuando el empobrecido no contara con ninguna otra acción derivada de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito para poder obtener la restitución*”.

Subrayó asimismo la decisión mayoritaria cómo la autonomía de la *actio de in rem verso* radica en que “*el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere*”. Según la decisión mayoritaria éste es precisamente el motivo por el que “*se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución*”.

Con todo, a renglón seguido llegó a una conclusión que, lejos de coincidir con los presupuestos a partir de los cuales se había referido a la autonomía de la *actio de in rem verso*, terminó por favorecer una casuística que, nada tiene que ver con el enriquecimiento sin causa. Manifestó la decisión mayoritaria:

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

Y finalmente insistió en que la autonomía de la *actio de in rem verso* debía comprenderse como una autonomía más sustancial que procesal de modo que:

“mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 15662, CP. Myriam Guerrero de Escobar; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero. Cfr. también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección A–, sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 17008.

casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.

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

Puestas así las cosas es obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

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

Adviértase que los casos señalados por la providencia de la que me aparto, en cuanto aquellos cuya ocurrencia excepcionalmente daría lugar a aplicar la figura del enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa –fls. 61-62–, son asuntos en los que la fuente de obligación es o bien la falla del servicio o la ley –incluso la ley penal– y no, como debiera esperarse, el enriquecimiento sin causa. Veamos.

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

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) *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus*

pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales”.

En el literal a) la Sala se contrae a reproducir un típico caso que daría lugar a la responsabilidad por falla del servicio o incluso a una conducta sancionable desde el punto de vista penal. Basta con efectuar un análisis somero del supuesto que trae a colación la decisión mayoritaria en el literal mencionado, para confirmar dicho aserto: de comprobarse fehacientemente en el proceso que, sin mediar culpa alguna, el particular afectado ha sido constreñido por la Administración la que, en ejercicio de su autoridad suprema o *imperium*, le impone “la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal”, **no** se genera un desplazamiento patrimonial ausente de motivo o razón que enriquece a una de las partes y empobrece correlativamente a la otra –produciendo, de paso, una situación de inequidad–, sino que se estructura una clara falla del servicio que puede, incluso, rayar en conducta sancionable por la legislación penal, lo que haría totalmente improcedente alegar un enriquecimiento sin causa.

Respecto al supuesto previsto en el literal b) éste se adecúa, por su parte, a lo que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 define como urgencia manifiesta, cuando prescribe que ella procede “*en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección*”, es decir, ese sería el mecanismo al cual deberían recurrir las entidades estatales, de aceptarse su sometimiento al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ahora, como su pretermisión implica el desconocimiento de un imperativo legal, ello de suyo hace improcedente alegar un enriquecimiento sin causa.

Además, con la expedición de la Ley 100 de 1993 el Estado es el garante del servicio público de salud, quien deberá prestarlo directamente, por medio de las Entidades Sociales del Estado o, indirectamente, con la participación de los particulares. En el primer evento, el numeral 6 del artículo 195 de dicha Ley impone el sometimiento al derecho privado de tales entidades estatales, incluso, el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007, dispuso que las EPS públicas del régimen subsidiado y contributivo tendrían el mismo régimen contractual. En esos términos, la prestación de los servicios de salud admite la flexibilidad de las formas propias de los contratos privados, razón por la cual habrá que ver cuándo se está frente al supuesto planteado en la sentencia en cuestión, toda vez que ello pasa por la consensualidad que reina en el régimen de los particulares.

De otro lado, según los artículos 168 de la Ley 100 de 1993, 12 del Decreto 783 de 2000, 10 de la Resolución 5261 de 1994 y la Resolución 2816 de 1998 del Ministerio de Salud, los pacientes no necesitan de contratos para ser atendidos en urgencias. Si el hospital, clínica o institución a donde se acude no pertenece a la Red de Prestadores de la entidad de aseguramiento, vale decir, no tienen contrato, se debe atender al paciente en el servicio de urgencias e informar al asegurador dentro de las 24 horas siguientes a su ingreso, para que se conozca el hecho por parte de la EPS o ARS y decida si queda en esa institución, o lo remiten a uno que pertenezca a la red de prestadores. Igual pasa en el caso de la población pobre no asegurada que se debe informar a la Dirección de Salud que tiene a su cargo el pago de los servicios de salud del paciente. Es decir habría fuente legal de reclamación y no habría lugar a alegar el enriquecimiento sin causa.

Adicionalmente, cuando en el literal c) se alude al reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa –en los casos excepcionales referidos en los literales a) y b)–, de inmediato se incurre en una contradicción puesto que, en primer lugar, se habla del enriquecimiento sin causa con referencia a casos que no pueden encuadrarse bajo ese supuesto por ser, como ya se dijo, casos típicos de responsabilidad cuya fuente puede encontrarse bien en la falla del servicio o en la ley. Y lo que resulta a todas luces más anti técnico, contradictorio y desconocedor del derecho sustancial: si se sigue a pie juntillas el precedente fijado por la Sala, estos casos que, de presentarse, sin lugar a dudas impondrían a la Administración la obligación de indemnizar, bien por la falla del servicio o por el grave desconocimiento de preceptos legales, solo podrán ser compensados y no indemnizados. Y es que la Sala insiste en que “lo único que [se] podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental” –fl. 64, énfasis añadido–.

Al contrario de lo sostenido por la Sala en la decisión de la que me aparto, encuentro que tratar de alegar el supuesto enriquecimiento sin causa que se produce cuando se presentan las circunstancias previstas en los literales a) y b) –aludidos en la decisión mayoritaria–, vía acción de reparación directa, termina ciertamente por desnaturalizar y por desfigurar, hasta el punto de enervar ambas acciones, toda vez que un camino amplio y general como el que ofrece la *actio de in rem verso* –aún con los rasgos de excepcionalidad y subsidiariedad que lo caracterizan– y que había sido reconocidos por una parte de la jurisprudencia contencioso administrativa¹¹⁰, queda desechado de plano en el campo contencioso administrativo; en su defecto se ofrece –con miras a remediar situaciones imposibles de encuadrar bajo los supuestos del enriquecimiento sin causa–, transitar por una ruta que, por orden específica de la decisión mayoritaria, se ve despojada de la naturaleza indemnizatoria, con lo cual no se sirve al derecho sustancial que subyace a la acción de reparación directa en el sentido de que cuando se produce un daño surge el deber de indemnizar a la víctima y además se descarta de plano preservar el principio de equidad, pues, sustancial y procesalmente hablando, la figura del enriquecimiento sin causa pierde toda operatividad en el terreno contencioso administrativo.

En pocas palabras, la manera como la Sala unificó su jurisprudencia en la providencia de la que me aparto convierte al enriquecimiento sin causa en una figura inoperante en el campo de lo contencioso administrativo, de suerte que, si se presenta un desplazamiento patrimonial –sin mediar causa o motivo alguno que lo justifique–, que enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra, a partir de la decisión de la que me aparto no existe vía posible para contrarrestar tal situación de inequidad. Ello por cuanto, además de quedar descartada de plano la ruta que ofrece la *actio de in rem verso*, la acción de reparación directa aplicada excepcionalmente a los supuestos previstos por los literales a) y b) del proveído del que me aparto –ajenos por completo a los presupuestos del enriquecimiento sin causa–, impide materializar el principio de equidad que se ve desconocido cuando tiene lugar o se presenta un enriquecimiento sin causa.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 15662, CP. Myriam Guerrero de Escobar; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero. Cfr. también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección A–, sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 17008.

Con independencia de esta, en mi opinión, desafortunada solución, debo insistir en este lugar una vez más en que existen múltiples motivos para privilegiar la *actio de in rem verso* como la ruta más apropiada para encausar la pretensión compensatoria del enriquecimiento sin causa, con las características de autonomía, excepcionalidad y subsidiariedad que le son propias. Pretender descartar la *actio de in rem verso* y, en su defecto, utilizar la acción de reparación directa desconoce que este último remedio presupone, como se sabe, la existencia de un daño antijurídico e implica pasar por su naturaleza indemnizatoria así la Sala, sustituyendo claramente al legislador democrático en la providencia de la que me aparto, haya resuelto despojarla de tales efectos. La Sala desconoció asimismo que con el enriquecimiento sin causa no se verifica un daño, aunque sí un desplazamiento patrimonial que –sin mediar motivo justificatorio: contrato, cuasicontrato, delito cuasi delito, ley– enriquece a una parte y empobrece a la otra.

Insisto en que no puede perderse de vista que la *actio de in rem verso* es una acción i) autónoma e independiente; ii) subsidiaria; iii) excepcional; iv) compensatoria o correctiva, pues se propone recomponer el equilibrio patrimonial perdido por quien obra de buena fe; v) no busca que se declare la responsabilidad de la administración pública porque no parte de la demostración de un daño, esto es, no tiene carácter indemnizatorio (desde el punto de vista sustancial no es equiparable a la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del C.C.A).

Reitero que desechar la *actio de in rem verso* para conjurar la situación de inequidad que se presenta cuando ocurre un enriquecimiento sin causa significó en este ejercicio de unificación jurisprudencial perder un instrumento de equidad y de restablecimiento del equilibrio patrimonial de primer orden; su versatilidad y efecto compensatorio no se compara con el que ofrece la acción de reparación directa que opera únicamente cuando se trata de indemnizar un daño antijurídico, imputable a la acción u omisión de agentes estatales.

Lo anterior al margen de que, como ya lo expliqué atrás en detalle, lo que se resolvió en la decisión de la que me aparto contribuyó, más bien, a hacer nugatoria la figura del enriquecimiento sin causa en el campo contencioso administrativo, pues la casuística a la que se restringió la aplicación de este instituto no tiene nada que ver con el desplazamiento patrimonial que, sin mediar causa o motivo que lo justifique, enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra y, por consiguiente, tampoco se encamina a restablecer el principio de equidad.

Desde luego, el principio de equidad que subyace a la figura del enriquecimiento sin causa en tanto remedio compensatorio y correctivo impide que el principio general pueda aplicarse haciendo caso omiso de los matices o de las consideraciones singulares de cada asunto en particular, motivo por el cual la casuística, lejos de contribuir en reforzar la figura, termina por restarle toda fuerza y operatividad. En suma, el lente que ofrece el principio de enriquecimiento sin causa en cuanto presupuesto para que opere la *actio de in rem verso* como acción general, autónoma e independiente, habría posibilitado a las autoridades judiciales contencioso administrativas ensanchar su horizonte de comprensión al tiempo que habría contribuido a que sus decisiones fueren adoptadas no de manera mecánica, automática y ausente de reflexión, sino habiendo mediado un completo y detallado entendimiento de la situación fáctica y jurídica de cada asunto en concreto.

Al contrario de lo resuelto en la providencia de la que me aparto, considero que en el caso concreto se configuraron los supuestos para la existencia de un enriquecimiento sin causa, toda vez que se presentó: i) enriquecimiento; ii) empobrecimiento correlativo; iii) conocimiento por parte de la entidad pública aunque no consentimiento, porque éste es reglado y iv) buena fe, por cuanto no fue desvirtuada. Así las cosas, estimo que el resultado ajustado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, observado en su conjunto, habría sido acceder a las pretensiones de la parte actora.

Dicho en términos distintos: en el sub lite se presentó una situación de inequidad cuyo origen no se retrotrae a ninguna de las fuentes de las obligaciones de aplicación preferencial como lo son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasi delito o la ley. Si bien en el asunto bajo examen se contó con la aceptación o conocimiento del ente público beneficiado, no se presentó configuración del consentimiento con sus elementos de fondo y de forma, pues no se llenaron las exigencias y tampoco se desvirtuó la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 superior la cual –como ya lo indiqué en precedencia– permite ser desvirtuada.

Para terminar debo acentuar una vez más que en mi parecer la Sala en ejercicio de su tarea de unificación jurisprudencial sobre la procedencia del enriquecimiento sin causa *“en la ejecución de actividades en favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre ésta y el ejecutor”*, resolvió reemplazar al legislador y desconocer al constituyente con el propósito discutible, por cierto, de defender a ultranza la sujeción a las normas imperativas que rigen la actividad contractual de la administración para lo cual prescindió de una regla milenaria acorde con la cual no es lícito que alguien se enriquezca a costa de otro injustamente.

No sólo descartó la decisión mayoritaria la posibilidad de acudir, con el propósito de hacer valer la pretensión de enriquecimiento sin causa, a la *actio de in rem verso*, sino que para el efecto modificó –vía jurisprudencial–, lo dispuesto por el legislador en el C.C.A. así como en la Ley 100 de 1993 y varió el entendimiento del artículo 83 constitucional al sostener que en materia de contratación estatal no opera la buena fe subjetiva y que, aquella que en este campo opera, esto es, la buena fe objetiva, no se presume. Adicionalmente –fl. 61 literal b)–, pasó por alto la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho constitucional fundamental a la salud –sentencia C-760 de 2008– mediante la cual se reafirmó el carácter fundamental autónomo de ese derecho –posición ésta adoptada por la Corte Constitucional de manera expresa en la sentencia T-016 de 2007–.

De esta suerte no me queda más remedio que hacer votos por un futuro cambio de jurisprudencia, ojalá en los términos que se dejaron expuestos atrás que son los que, en mi opinión, concuerdan de manera más armónica con el sentido y alcance de la figura del enriquecimiento sin causa vista a la luz del ordenamiento constitucional en su conjunto, en el cual, el principio de equidad juega un papel fundamental e irradia el resto del ordenamiento jurídico.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada

