



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO VERSUS LA TEORÍA DE LOS
HECHOS CUMPLIDOS EN LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES
CONTRACTUALES DEL ESTADO**

Autor

Mariana Puerta Jaramillo

Monografía presentada para optar al título

MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Asesora

Lucidia Amaya Osorio, Magíster en Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés
Decano Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora Maestría en Derecho Administrativo

Línea de investigación
Contratacion Estatal

Camilo Andrés Garzón Correa
Mateo Velásquez Cárdenas
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 10 de noviembre de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 28 de 2023.

Resumen

El propósito de esta monografía es analizar el principio de legalidad del gasto frente a la teoría de los hechos cumplidos en la ejecución de actividades contractuales del Estado. La metodología de investigación aplicada es de carácter “dogmático”. Por tanto, se basa esencialmente en las fuentes formales del derecho positivo. La idea es establecer si, a la luz del principio de legalidad del gasto, es válido que el Estado reconozca el pago de la ejecución de ciertas actividades contractuales que no están previamente presupuestadas. La solución al problema de investigación planteado constituiría un gran aporte para el derecho administrativo porque pretende mitigar la tensión que existe entre el principio de legalidad del gasto y la existencia de los hechos cumplidos.

Palabras clave

Contratación, hechos cumplidos, legalidad del gasto, buena fe, conciliación

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL	11
1.1. <i>El principio presupuestal de legalidad del gasto público</i>	13
1.2. <i>El perfeccionamiento del contrato estatal: requisitos y presupuestos exigidos en el régimen de la Ley 80 de 1993 y en los regímenes excepcionados</i>	16
1.3. <i>El principio de anualidad del gasto público y sus excepciones en la contratación estatal</i>	20
2. LOS HECHOS CUMPLIDOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	25
2.1. <i>Problema jurídico</i>	27
2.3 <i>Ingeniería reversa</i>	35
2.4. <i>Narrativa y análisis de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial</i>	39
3. ALTERNATIVAS: MÁS ALLÁ DE LA TESIS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	48
3.1. <i>El principio de legalidad del gasto en el contexto del contrato estatal</i>	48
3.2. <i>Principio de la autonomía de la voluntad y el acercamiento a las concepciones del derecho privado</i>	52
3.3. <i>La conciliación una alternativa para la resolución de los hechos cumplidos basado en los principios de eficiencia y buena fe</i>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

El principio constitucional de legalidad es la regla rectora para el límite al ejercicio del poder. Los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política de 1991, en la ley y en el reglamento. No podría existir una potestad que no esté expresamente prevista en una fuente del derecho. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001). El poder ya no puede ser visto como un “atributo personal de los gobernantes, sino como una función de éstos, función de naturaleza vicaria o comisaria, consistente en ejecutar los mandatos del Pueblo. Por eso, la administración está por definición misma al servicio del interés general” (Valdivia, 2018, p. 43).

Dentro de las amplias funciones que competen al Estado, la contratación estatal es entendida como el conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las entidades del Estado puedan realizar sus procesos en aras de cubrir las necesidades y cumplir con los fines constitucionalmente atribuidos. La normatividad vigente y aplicable al tema de la contratación se encuentra regulada en la Constitución Política de 1991, en la Ley 80 de 1993 –o Estatuto General de Contratación– y en todos sus decretos reglamentarios y normas complementarias. En términos generales, podría afirmarse que este subsistema normativo “constituye un conjunto de normas de contenido especial para la contratación estatal a fin de diferenciarla de las relaciones negociales que los particulares realizan al amparo de las leyes civiles y mercantiles” (Rico, 2008, p. 17).

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece que la contratación estatal tiene como objeto “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Por tal motivo, el legislador ha dispuesto que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben ceñirse estrictamente a lo dispuesto en los principios de la contratación estatal, así mismo, dispuso que aquellos negocios jurídicos que generen erogaciones que afecten recursos públicos deben acatar imperativamente el principio de la legalidad del gasto público.

El principio de legalidad del gasto es un principio derivado del principio de legalidad aplicado al manejo presupuestal, el cual establece que, en efecto, no se podrá realizar inversión o gasto alguno que no se encuentre contemplado en el presupuesto. Las entidades públicas deben planificar sus gastos para que sean incluidos en el presupuesto del año siguiente y sujetarse, en cada vigencia, a los presupuestos que finalmente hayan sido aprobados con el fin de que todos aquellos actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales cuenten con certificados de disponibilidad presupuestal que garanticen la existencia de apropiación suficiente para cubrir el gasto, evitando así la configuración de hechos cumplidos.

Los hechos cumplidos son aquellos hechos jurídicos materializados y que pueden generar obligaciones o erogaciones que afecten recursos públicos sin que previamente se haya cumplido con las apropiaciones presupuestales para tal efecto, es decir, que se consolidan cuando las entidades públicas adquieren obligaciones sin que medie la respectiva reserva presupuestal. Por ejemplo, cuando se suscribe un contrato estatal sin contar previamente con el registro presupuestal o cuando se adiciona un contrato estatal pactando y ejecutando actividades distintas a las inicialmente estipuladas, sin el previo perfeccionamiento de la adición, esto es, sin contar con la disponibilidad o, en su defecto, con el compromiso presupuestal. Esto también sucede cuando el contrato pasa de vigencia fiscal o cuando se tienen vigencias futuras en las que no se apropian correctamente recursos para tales vigencias fiscales.

Si en una entidad pública, ya sea de las sujetas a la Ley 80 de 1993 o del régimen excepcional, se materializa una situación que configura un hecho cumplido se pueden presentar dos situaciones: i) que la entidad realice el trámite administrativo y reconozca el pago, lo cual viola flagrantemente el principio de legalidad del gasto acarreado, para el funcionario público responsable por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad civil, penal o disciplinaria o ii) que la entidad no realice el trámite administrativo y presupuestal correspondiente para el reconocimiento y pago. En este caso, no se hace justicia con el contratista y se puede configurar para la entidad un enriquecimiento sin causa.

El problema previamente planteado es relevante para el derecho administrativo porque evidencia una situación de conflicto entre el principio de legalidad del gasto y la justa contraprestación con el contratista, quien puede ver menguado su patrimonio. Las soluciones viables a esta problemática permiten que, en la administración pública, se puedan resolver problemas prácticos de manera confiable cuando se presenta el fenómeno de los hechos cumplidos con base en la ley y la jurisprudencia vigente. Es importante que las entidades públicas realicen la ejecución de actividades contractuales, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de acuerdo con los principios de planeación y anualidad del gasto. De este modo, se evitarían dilaciones que puedan afectar las buenas prácticas de la contratación, pues ésta no puede ser el resultado de la improvisación por parte de los funcionarios, sino de una articulación estructurada para el cumplimiento de los fines del Estado, así como de la continua y efectiva prestación de los servicios públicos.

En el ámbito de la contratación estatal, es imprescindible la adecuada gestión en la apropiación del gasto, pues versa sobre la existencia de recursos para pagar las obligaciones válidamente contraídas en un acto jurídico. El problema de investigación impone el desafío de establecer si, a la luz del principio de legalidad del gasto, es válido que el Estado reconozca el pago de la ejecución de ciertas actividades contractuales que no están previamente presupuestadas. Lo anterior, presupone el análisis sustantivo de asuntos como el principio de legalidad del gasto y la teoría de los hechos cumplidos. Además, exige analizar el tratamiento jurisprudencial dado a estas instituciones con el fin de encontrar líneas jurisprudenciales que permitan determinar su alcance interpretativo, especialmente por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

El propósito de esta investigación es analizar la tensión que se origina entre la teoría de los hechos cumplidos y el principio de legalidad del gasto en materia contractual a la luz del Decreto 111 de 1996, la Ley 1593 de 2012 y su desarrollo jurisprudencial en la ejecución de actividades contractuales que no están previamente presupuestadas tanto para las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 como para las del régimen exceptuado de la aplicación de dicho Estatuto General de Contratación. La finalidad es analizar opciones para mitigar la tensión que existe entre el principio de legalidad del gasto y la existencia de los hechos cumplidos en aras de establecer si procede el reconocimiento de esas prestaciones a favor de

particulares sin perjuicio de la posible responsabilidad de orden disciplinario y, eventualmente, penal de los funcionarios que intervengan en este tipo de situaciones.

En aras de alcanzar el objetivo planteado, esta monografía se divide en tres partes: en la primera se pretende describir el principio de legalidad del gasto en materia de contratación estatal. En la segunda se analiza la figura de los hechos cumplidos desde la perspectiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de la elaboración de la técnica de la línea jurisprudencial “mediante la identificación de los materiales normativos relevantes y la estructura de una narración que dé cuenta y sentido de los mismos” (López, 2006, p.139). En la última, se hace un análisis de las diferentes opciones para reconocer los hechos cumplidos: más allá de la tesis del enriquecimiento sin causa, se propone la conciliación como una alternativa para la resolución de los hechos cumplidos basado en los principios de eficiencia y buena fe.

El modo de aproximación al objeto de estudio es la investigación jurídica de carácter “dogmático”. Esta se ocupa de estudiar las estructuras del derecho objetivo, es decir, las normas y el ordenamiento jurídico. Por tanto, se basa esencialmente en las fuentes formales del derecho positivo. La dogmática no se limita al “trato directo con normas jurídicas: parte de su labor consiste también en la sistematización, comentario y crítica de sentencias judiciales. La distinción se refiere entonces al objeto de conocimiento o elaboración, no a la tarea o punto de vista empleado” (Courtis, 2006, p. 117).

La dogmática es el modelo de investigación más adecuado para abordar el objeto de estudio toda vez que el trabajo se centra en develar los problemas que existen entre la observancia del principio de legalidad y la existencia de hechos cumplidos que el Estado debe reconocer a particulares en la ejecución de actividades contractuales. Por esta razón, se hará uso de fuentes primarias como libros, artículos de revista, tesis de grado y jurisprudencia. En estos términos, la idea es mostrar cómo las autoridades públicas gestionan los recursos para el cumplimiento de sus fines.

Una herramienta fundamental en este proceso es la técnica de la línea jurisprudencial desarrollada por López Medina (2006). Este recurso permite hacer un estudio detallado de la evolución de la jurisprudencia para abordar un problema jurídico específico. La narración coherente, creada a través de esta metodología, proporciona una comprensión integral y

contextualizada del tema investigado. De esta manera, se aborda la figura de los hechos cumplidos y se determina la trayectoria de las posiciones jurídicas que se han tenido a lo largo del tiempo, toda vez que “[l]a interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho” (López, 2006, p.139).

En la investigación se aplica tanto el enfoque descriptivo como el enfoque prescriptivo. El enfoque metodológico descriptivo pretende “postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene un componente prescriptivo o normativo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras” (Courtis, 2006, p. 114). Con el enfoque descriptivo se va a dar cuenta de las instituciones jurídicas, en particular, de la conexión que existe entre el principio de legalidad del gasto y los hechos cumplidos, del proceso de contratación en la administración pública, del presupuesto y de la relación que existe entre presupuesto y legalidad.

El enfoque prescriptivo está vinculado con la necesidad de proponer soluciones particulares para casos considerados problemáticos. En este sentido, la dogmática pretende constituirse en guía intelectual para el aplicador del derecho positivo (Courtis, 2006, p. 114-115). Desde esta perspectiva, se pretende realizar un análisis interpretativo de las disposiciones normativas que regulan las instituciones jurídicas objeto de este trabajo en aras de resolver la tensión que existe entre la observancia del principio de legalidad del gasto y la existencia de ciertos hechos cumplidos que el Estado debe reconocer a particulares en la ejecución de actividades que no hacen parte propiamente de un contrato estatal.

En síntesis, y teniendo en cuenta los antecedentes planteados, la normativa actual no tiene regulada una solución jurídica precisa y ajustada al ordenamiento jurídico presupuestal y contractual que permita tratar y remediar el presente problema jurídico presupuestal. Ha sido la jurisprudencia la que, en reiteradas sentencias, se ha manifestado y, en aras de la equidad, ha definido cómo y de qué manera ha de reconocerse una compensación económica por ese deterioro patrimonial que, como enriquecimiento sin causa, se podría generar en contra del patrimonio del particular que actúa de buena fe. No obstante, se busca que sea el legislador quien, en materia presupuestal, establezca una norma jurídica que permita, en tales

casos, establecer cómo llenar este vacío normativo, y evitar de paso, la congestión judicial que se genera ante esta clase de circunstancias en materia de ejecución de contratos estatales.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

El análisis económico del derecho es una perspectiva que busca entender cómo las reglas legales pueden influir en la eficiencia económica. En este contexto, el principio de legalidad se refiere a que todas las acciones de las entidades públicas deben estar reguladas y ajustarse a la ley y, esta última, debe cumplir con criterios de eficiencia, en la medida en que es función del derecho regular las relaciones humanas respecto de la distribución de los bienes escasos.

Ahora, desde la perspectiva estrictamente jurídica, el principio de legalidad puede tener distintas formas de expresión dependiendo del tipo de entidad; en el caso de las entidades exceptuadas del régimen de contratación estatal, aplicarles los mismos requisitos que a las entidades regidas por la Ley 80 de 1993 podría ser ineficiente desde una perspectiva económica. Estas entidades exceptuadas suelen estar en constante competencia con el sector privado, y si se les impusieran todas las regulaciones de la contratación estatal, podrían retrasar sus acciones en el mercado y ser menos competitivas.

Por lo tanto, la Ley 489 de 1998 establece explícitamente que las entidades exceptuadas gozan de mayor autonomía si se les compara con las entidades que están sometidas al estatuto de contratación contenido en la Ley 80 de 1993. En este sentido, el Consejo de Estado señala:

La ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines (Sentencia del 13 de mayo de 2021, radicado 2456).

Esto significa que tienen más margen para tomar decisiones y actuar sin la misma rigidez que las entidades reguladas por la Ley 80 de 1993. Lo anterior no quiere decir que las entidades exceptuadas queden completamente exentas de cumplir con las leyes, pero sí tienen

un mayor grado de discrecionalidad para adaptarse a las necesidades y dinámicas específicas de su ámbito de competencia, con el fin de buscar una mayor eficiencia en sus acciones, permitiéndoles competir de manera más ágil en el mercado, pero siempre debe haber un equilibrio para garantizar que actúen dentro del marco legal establecido. En cuanto a los límites a los contratos celebrados por entidades con regímenes de contratación especiales el Consejo de Estado establece:

Aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal (Sentencia del 13 de mayo de 2021, radicado 2456).

Ahora, en una articulación entre las formas que impone el principio de legalidad y los criterios de eficiencia del análisis económico del derecho, se encuentran las respuestas que en el ordenamiento jurídico se han dado a los conflictos originados en los denominados “hechos cumplidos”.

Existe una tensión que se origina entre la procedencia del reconocimiento de prestaciones a particulares que no cuentan con partida presupuestal y el principio de legalidad del gasto público en materia contractual a la luz de la Ley 1593 de 2012 y su desarrollo jurisprudencial. El tratamiento de este problema implica necesariamente el estudio de las siguientes categorías centrales: contratación estatal, el principio de legalidad del gasto público en materia de la ejecución de contratos estatales, la teoría de creación jurisprudencial de los hechos cumplidos y la figura del enriquecimiento sin justa causa –*actio in rem verso*–.

Con base en lo anterior, el objetivo de este capítulo es describir el principio de legalidad del gasto público en materia de contratación estatal. El capítulo se desglosa en tres acápite: en el primero se describe en qué consiste el principio de legalidad del gasto público; en el segundo el perfeccionamiento del contrato estatal: requisitos y presupuestos exigidos en el régimen de la Ley 80 de 1993 y en los regímenes excepcionados y, por último, en el

tercer acápite se aborda el principio de anualidad del gasto público y sus excepciones en la contratación estatal.

Este capítulo aborda las disposiciones vigentes en materia de presupuesto público, se puede apreciar que en el tema presupuestal existe una cierta preponderancia de lo nacional frente a lo local, aunque el artículo 109 del Decreto 111 de 1996 reconoce la autonomía de las entidades territoriales en materia presupuestal, autorizándolas a expedir las normas orgánicas de presupuesto que regirán sus respectivas entidades y elaborar el presupuesto anual de rentas y gastos, pero deben hacerlo ajustándose a las regulaciones de la Ley Orgánica de Presupuesto, especialmente a los principios. No obstante, las entidades territoriales han tomado los principios presupuestales y las mismas reglas tanto en materia de certificado de disponibilidad presupuestal como de registro presupuestal.

1.1. El principio presupuestal de legalidad del gasto público

El gasto público juega un papel fundamental en la actividad económica del Estado, ya que se trata de la forma en que el gobierno utiliza los recursos públicos para satisfacer las necesidades de la población y promover el desarrollo económico y social. La asignación adecuada de los recursos públicos genera beneficios económicos, tales como el aumento del consumo y la inversión, la creación de empleo y el fomento de la innovación y la competitividad. Sin embargo, una mala asignación de los recursos públicos puede llevar a una disminución del crecimiento económico, al aumento del déficit fiscal, a la inflación y a la inestabilidad macroeconómica. Por lo tanto, es esencial que el gasto público se gestione de manera eficiente y transparente, garantizando la maximización del bienestar social y el desarrollo sostenible.

El gasto público comprende cada una de las apropiaciones correspondientes a pagos u obligaciones de hacer que tienen las entidades, y distingue entre gastos de funcionamiento y gastos de inversión. Los gastos de funcionamiento, por su parte, son aquellos que se destinan al mantenimiento y operación de los servicios públicos y al pago de los salarios y beneficios de los empleados públicos, es decir, son aquellos destinados a cumplir las funciones asignadas en la constitución y en la ley. Por otro lado, los gastos de inversión, también conocidos como gastos de capital, que se desagregan a nivel de programas y

subprogramas, tienen como objetivo mejorar la capacidad productiva del Estado y fomentar el crecimiento económico y social.

El gasto público social puede incluirse tanto en los gastos de funcionamiento como en los gastos de inversión, y de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 111 de 1996, es aquel que tiene por objetivo “[l]a solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión”. Esto significa que el gasto público social es una herramienta clave para el desarrollo social y económico de un país.

En Colombia los principios que orientan la actividad presupuestal del Estado encuentran su marco en la Constitución Política de 1991, en particular, en el título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”, capítulo 3 “Del presupuesto”. También se encuentran reglados en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996. Teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales aplicables a las entidades del Estado, en lo que concierne al régimen presupuestal, los doctrinantes destacan que:

Las instituciones jurídicas presupuestales, por lo tanto, están condicionadas a una doble postura de principios; de un lado, la de aquellos que establece la Constitución y el Estatuto Orgánico como institución superior, y de otro, la de los principios que orientan todos los actos jurídico – administrativos del Estado (Peña, 2007, p. 249).

Los principios presupuestales son un conjunto de normas generales que se establecen para asegurar que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente y transparente y para garantizar la rendición de cuentas. Estos principios se derivan de preceptos constitucionales que establecen los requisitos básicos que deben cumplirse en la gestión del presupuesto público. Los principios presupuestales establecidos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto son: anualidad, planificación, unidad de caja, inembargabilidad, universalidad, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y sostenibilidad y estabilidad fiscal.

Además, existen principios presupuestales que han sido creados por la jurisprudencia y que se derivan de la interpretación y aplicación de las disposiciones legales relacionadas con el presupuesto. Estos principios son fundamentales para garantizar una gestión eficiente y transparente de los recursos públicos. Entre otros, cabe resaltar los principios de legalidad

presupuestal, unidad presupuestal, eficiencia presupuestal, equidad presupuestal y autonomía presupuestal, los cuales deben ser aplicados en todas las etapas del proceso presupuestal, desde la elaboración del presupuesto hasta la ejecución y el control de los recursos públicos.

La aplicación de los principios presupuestales no es discrecional, pues se trata de una obligación legal y constitucional para las autoridades encargadas de la elaboración, ejecución y control del presupuesto público. El incumplimiento de estos principios puede llegar a afectar su validez toda vez que

los principios consagrados en el Estatuto Orgánico del Presupuesto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto (Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 1993).

El principio constitucional de legalidad es una norma rectora para el ejercicio del poder público. Un servidor público puede realizar las funciones expresamente atribuidas en la Constitución, en la ley y en el reglamento. No podría existir una potestad que no esté expresamente prevista en una fuente del derecho. Por lo tanto, “este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001). El poder ya no puede ser visto como un “atributo personal de los gobernantes, sino como una función de estos, función de naturaleza vicaria o comisaria, consistente en ejecutar los mandatos del Pueblo. Por eso, la administración está, por definición, al servicio del interés general” (Valdivia, 2018, p. 43).

El principio de legalidad del gasto público, en materia contractual, tiene como finalidad la protección de los recursos públicos. Este encuentra aplicación necesariamente en dos momentos del proceso presupuestal: en un primer momento cuando se realiza la planeación anual del presupuesto. En un segundo momento, en la etapa de ejecución del presupuesto. No basta con que exista la partida presupuestal sino, además, debe ser suficiente para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal con el valor del contrato y que esta no se encuentre agotada. “El requisito de la disponibilidad presupuestal hace parte esencial del principio constitucional de legalidad del gasto público, cuyo fundamento es que no se

pueden efectuar erogaciones, con cargo al tesoro, que no se hallen incluías en el presupuesto” (Corte Constitucional, Sentencia C-018 de 1996).

Consecuente con lo anterior, el principio constitucional de legalidad del gasto público es uno de los pilares fundamentales del régimen presupuestal colombiano y se encuentra establecido en el artículo 345 de la Constitución Política de 1991. Este principio establece que toda erogación de recursos públicos debe estar prevista en el presupuesto y ser autorizada por una ley, una ordenanza o un acuerdo municipal, lo que significa que ningún servidor público puede realizar gastos que no estén contemplados en el presupuesto o que no hayan sido autorizados previamente por una norma legal.

El principio de legalidad del gasto público implica que cualquier gasto realizado por el Estado debe estar contemplado en el presupuesto y contar con una fuente de financiación previamente establecida, evitando, de esta manera, que las entidades públicas comprometan recursos que no están dispuestos en el presupuesto. Esto podría generar un déficit fiscal, ya que se estarían comprometiendo recursos que no están disponibles en el presupuesto de la entidad.

1.2. El perfeccionamiento del contrato estatal: requisitos y presupuestos exigidos en el régimen de la Ley 80 de 1993 y en los regímenes excepcionados

La contratación estatal es un conjunto de normas, procedimientos y principios que regulan la forma en que las entidades estatales adquieren bienes, servicios y obras necesarias para el cumplimiento de sus fines misionales y para la satisfacción de las necesidades públicas, garantizando que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente, transparente y responsable, asegurando la competencia entre los oferentes, la selección objetiva del contratista y la calidad de los bienes y servicios adquiridos.

La contratación estatal se basa en los principios de responsabilidad, economía, transparencia, eficiencia, equidad, publicidad y selección objetiva, los cuales buscan garantizar que el proceso de contratación se lleve a cabo de manera justa y equitativa, evitando favoritismos o discriminación, y garantizando el uso adecuado de los recursos. Este es un proceso fundamental en la gestión pública, ya que permite a las entidades estatales obtener los bienes y servicios necesarios para cumplir sus funciones y misiones, y así, contribuir al bienestar general de la sociedad.

El contrato estatal se entiende “como un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato” (Bahamón, 2018, p.16). Así las cosas, la celebración del contrato estatal implica la asunción de obligaciones y derechos por ambas partes. La ley establece los procedimientos y principios que deben seguirse para su celebración en aras de materializar un objetivo que responde a una necesidad institucional.

En el ordenamiento jurídico colombiano se define el contrato estatal en la Ley 80 de 1993. Así, el artículo 32 *ibidem* lo conceptualiza como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. Lo anterior significa que, para que un acto jurídico se considere contrato estatal, es necesario que una de las partes sea de las mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Además, que se dé previo cumplimiento a los requisitos de existencia.

Algunas entidades estatales tienen normas especiales para la celebración de contratos respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que se puede denominar una suerte de régimen mixto. En ejercicio de su actividad contractual la entidad debe aplicar los principios inherentes de la función administrativa y de la gestión fiscal, pero tiene ciertas particularidades en el proceso de selección del contratista. Así mismo, en cuanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al no existir norma expresa en el régimen jurídico especial o excepcional, para respetar el principio de legalidad, se debe remitir al régimen general.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993, en el artículo 41, establece que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”. En cambio, en los regímenes exceptuados de contratación el proceso de perfeccionamiento puede variar de acuerdo con lo establecido en la normativa que los rige, por ejemplo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta de Medellín, Acuerdo Municipal 109 de 2019, artículo 23 establece que “Todos los actos administrativos que

afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los Certificados de Disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos Compromisos deberán contar con Registro Presupuestal”.

Por su parte el Estatuto Orgánico del Presupuesto de Medellín, Decreto 06 de 1998, es más severo, y en el artículo 70 establece: “[l]os actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos”. Medellín tiene un marco estricto en materia presupuestal, con el fin de asegurar que los actos administrativos que involucran recursos públicos sean respaldados adecuadamente por las apropiaciones presupuestales correspondientes.

Es importante destacar que el Decreto 111 de 1996, el cual compila las disposiciones que constituyen el estatuto orgánico del presupuesto, establece en el artículo 71 que “todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos”. Además, en el segundo inciso, este artículo hace hincapié en que “Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal, [...]. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos”.

En diversas ocasiones, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha examinado el contenido de este artículo con el propósito de analizar los requisitos necesarios para el perfeccionamiento de los contratos estatales. Inicialmente, la sala mantuvo la postura de la obligación de contar con registro presupuestal, como un requisito para el perfeccionamiento del compromiso asumido en un acto administrativo, debería extenderse a los contratos estatales. El Consejo de Estado en la Sentencia del 23 de junio de 2005, radicado 12846, señala:

En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones.

Posteriormente, el Consejo de Estado modificó la posición anterior al indicar que la obligación de contar con un registro presupuestal, mencionada en el artículo 71 ibidem, no tiene aplicación en el ámbito contractual. Esto se debe a que esta exigencia solo es relevante para actos administrativos de naturaleza unilateral:

No es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los "actos administrativos" -inciso primero-. no al de los contratos estatales. de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal (Sentencia del 12 de agosto de 2014, radicado 28565).

Al respecto, es pertinente traer a colación que cualquier acto administrativo que implique gastos públicos debe contar con un Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) previo que garantice la existencia de una apropiación presupuestal suficiente para cubrir el compromiso que se adquiere. El CDP tiene como finalidad afectar provisionalmente el presupuesto correspondiente hasta que se perfeccione el acto que respalda el compromiso y se realice el registro presupuestal correspondiente. De esta manera, se busca garantizar la eficiencia y la legalidad en el manejo de los recursos públicos.

El CDP es un instrumento importante para la gestión y control del presupuesto público. Al garantizar que los recursos están disponibles antes de la asunción de obligaciones o compromisos se previene el sobregiro en el gasto y se asegura la estabilidad financiera de la entidad pública. También es relevante para los particulares que contratan con el Estado, ya que les da certeza sobre la disponibilidad de recursos para cumplir con sus obligaciones contractuales. De esta manera, se evita la posibilidad de que se asuman obligaciones sin contar con los recursos necesarios para cumplirlas, lo que puede generar incumplimientos y posibles sanciones y demandas en contra de la entidad pública.

El registro presupuestal es el acto administrativo por el cual se materializa la apropiación presupuestal en el sistema de información contable de la entidad estatal, es decir, se trata del proceso de asignación y afectación de recursos a una determinada partida presupuestaria para su posterior uso en el desarrollo de actividades y proyectos. En conclusión, el CDP garantiza

la existencia de los recursos necesarios para atender un compromiso específico, mientras que el registro presupuestal es el proceso contable mediante el cual se asignan y afectan los recursos presupuestarios a una determinada partida.

1.3. El principio de anualidad del gasto público y sus excepciones en la contratación estatal

El principio de anualidad del gasto es un principio fundamental en la gestión presupuestal, pues establece que los recursos del presupuesto deben ser utilizados en el período fiscal correspondiente, es decir, que los gastos deben ser autorizados y ejecutados dentro del mismo año fiscal para el cual fueron apropiados. Así lo dispone el Estatuto Orgánico del presupuesto, Decreto 111 de 1996:

El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.

Este principio tiene como objetivo principal garantizar la transparencia, eficiencia y responsabilidad en la gestión de los recursos públicos, evitando que se generen compromisos que no puedan ser cumplidos y que se constituyan en déficits presupuestales. Es importante destacar que, a través de este principio, el Congreso de la República ejerce la función de control político integral a través del seguimiento y evaluación de la gestión fiscal, herramienta importante para garantizar que los recursos públicos sean utilizados de manera responsable y en beneficio del interés general.

Consecuente con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-192 de 1997, plantea que:

Conforme a la Constitución y a ley orgánica, en Colombia rige el principio de anualidad (CP art. 346), por lo cual una partida debe ser ejecutada o comprometida en el año fiscal respectivo, pues si ello no ocurre, la partida o los saldos de apropiación no afectados por compromisos inevitablemente expiran o caducan, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a ella en los períodos fiscales posteriores.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante aclarar que una partida aprobada por la ley anual del presupuesto no es necesariamente un gasto que deba ser efectuado de manera obligatoria por las entidades, toda vez que la ejecución de los gastos debe estar sujeta a la disponibilidad presupuestal y a la programación establecida en el plan financiero. En este sentido, la inclusión de una partida en la ley de presupuesto es un elemento importante para la planificación y programación de los recursos públicos, pero su ejecución depende de la disponibilidad de recursos y de la priorización establecida por las entidades.

Es preciso mencionar que, en materia presupuestal, se prevé la forma de cumplir con los compromisos durante la vigencia fiscal en que se contraen o durante la anualidad siguiente con cargo al presupuesto de la vigencia anterior, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales y procedimentales. Prohíbe expresamente tramitar aquellos que no reúnan los requisitos exigidos por la ley o se configuren como hechos cumplidos, acarreado para el funcionario público responsable, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

En este sentido, los hechos cumplidos son aquellos hechos jurídicos realizados que pueden originar obligaciones o erogaciones capaces de afectar recursos públicos sin que previamente se haya cumplido con las respectivas apropiaciones presupuestales, es decir, se consolidan cuando las entidades públicas adquieren obligaciones sin que medie la respectiva reserva presupuestal. Por ejemplo, cuando se suscribe un contrato estatal sin contar previamente con el registro presupuestal o se adiciona un contrato estatal pactando y ejecutando actividades distintas a las inicialmente estipuladas, sin el previo perfeccionamiento de la adición, esto es, sin contar con el compromiso presupuestal.

En efecto, un hecho cumplido se refiere a una acción administrativa realizada por los funcionarios de una entidad que resulta en la consolidación de derechos para particulares. Este hecho puede llevar a incumplimientos y al pago de intereses en perjuicio de la entidad, debido a la ausencia de recursos en el presupuesto. La confirmación previa de recursos es un requisito fundamental para abrir un proceso de selección o suscribir un contrato, y se logra mediante la expedición del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. Asimismo, puede ocurrir después de la celebración del contrato, cuando no se obtiene el registro presupuestal

como condición para confirmar recursos reservados y separados exclusivamente para ese contrato en particular.

El Decreto 111 de 1996, en el artículo 71, es claro en establecer “[i]gualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin”. Así mismo, el mencionado artículo establece que “ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible”. Esto significa que cualquier acto o contrato siempre deberá contar, no solo para su perfeccionamiento, sino también para su ejecución, con la existencia de disponibilidades y compromisos presupuestales que permitan soportar las obligaciones contractuales que se contraen para afectar el presupuesto.

No obstante lo anterior, en la práctica presupuestal puede haber ocasiones en las que no sea posible cancelar una partida dentro de su respectiva vigencia presupuestal, caso en el cual, las entidades pueden acudir, entre otras figuras, a las reservas presupuestales o de apropiación. Estas son compromisos legalmente constituidos que cuentan con registro presupuestal, pero cuyo objeto no fue cumplido dentro de la anualidad que termina. Por lo tanto, se pagan en la vigencia siguiente con cargo al presupuesto de la anterior, es decir, con cargo al presupuesto que las originó. Cuando se pagan las reservas, se registran como un gasto y se deduce del saldo disponible para la nueva vigencia.

Existen las cuentas por pagar que son obligaciones válidamente contraídas y con recibo a satisfacción al 31 de diciembre del respectivo año, las cuales quedan pendientes para ser canceladas en la siguiente vigencia fiscal. Es importante tener en cuenta que, tanto las cuentas por pagar como las reservas de apropiación, afectan el presupuesto de la vigencia en la que fueron constituidas. Si estas obligaciones no se ejecutan durante el año de la vigencia correspondiente, fenecen y los recursos presupuestales correspondientes deben ser liberados.

1.3.1. Las vigencias futuras: excepción al principio de anualidad

El Marco Fiscal de Mediano Plazo es un instrumento clave en la planeación de los presupuestos y el funcionamiento de las vigencias futuras. Su objetivo principal es contribuir a una gestión fiscal responsable, transparente y efectiva, garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas y la eficiente asignación de los recursos públicos. Mediante la proyección y análisis de las finanzas a mediano plazo, se proporciona una visión integral de la situación

fiscal, permitiendo una toma de decisiones informada y planificada para el desarrollo económico y social.

Del mismo modo existe la figura de las vigencias futuras cuyo instrumento de planificación presupuestal y financiero se utiliza para garantizar la incorporación de los recursos necesarios en los presupuestos de vigencias posteriores a la de la asunción del compromiso. Esto permite la ejecución de proyectos plurianuales y otros gastos estratégicos y básicos para el cumplimiento de los objetivos y políticas de las entidades y que, por su naturaleza, requieren ejecutarse en más de una vigencia fiscal. Dependiendo de la finalidad, estas se clasifican en vigencias futuras ordinarias y vigencias futuras excepcionales.

1.3.2. Vigencias futuras ordinarias

Las vigencias futuras ordinarias implican el compromiso de recursos presupuestales en vigencias fiscales subsiguientes; por lo que es necesario contar con la aprobación y autorización correspondiente por parte del Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS– y tener una apropiación del 15% en la vigencia fiscal en curso, lo que garantiza que los recursos necesarios estarán disponibles para la ejecución del compromiso en las vigencias futuras autorizadas. Además, es importante destacar que el CDP debe respaldar la apropiación correspondiente y garantizar la disponibilidad de los recursos.

1.3.3. Vigencias futuras excepcionales

Las vigencias futuras excepcionales se utilizan para obras de gran envergadura y proyectos de infraestructura de importancia estratégica, así como para garantizar concesiones y proyectos que tienen un alto impacto social y económico. En este caso, la autorización para comprometer recursos presupuestales en vigencias fiscales subsiguientes se otorga sin necesidad de contar con una apropiación mínima del 15% en la vigencia fiscal en curso. Tampoco se requiere que el proyecto o compromiso cuente con certificado de disponibilidad presupuestal. En síntesis, las vigencias futuras son un mecanismo importante para la planificación presupuestal y financiera de las entidades en relación con obras y proyectos a largo plazo que son considerados como estratégicos y esenciales para el desarrollo del país.

El principio presupuestal de legalidad del gasto público, en materia de contratación estatal, permite que los recursos públicos se gestionen de manera eficiente y transparente; tanto

el principio de legalidad del gasto público como los demás principios presupuestales de creación doctrinal y jurisprudencial son de obligatorio cumplimiento y deben ser aplicados en todas las etapas del proceso presupuestal para garantizar una gestión eficiente y transparente de los recursos públicos. Así las cosas, cualquier procedimiento de contratación o adquisición de bienes o servicios por parte de la administración pública debe contar previamente con un CDP que garantice la disponibilidad de los recursos.

CAPÍTULO II

LOS HECHOS CUMPLIDOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Como muchas de las instituciones jurídicas que se encuentran vigentes, la del enriquecimiento sin causa tiene su origen en el Derecho Romano. En el Digesto 50.17.206, citada por el jurisconsulto Pomponio, se lee la siguiente cita: “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*”, que traduce “es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro” (Arias, 2013, p. 148).

Respecto de los orígenes de esta institución, la Corte Suprema de Justicia, expediente 1999-00280-01, 2012, ha señalado que la enunciación generalizada de este principio del derecho permitiría una aplicación a través de la historia con base en los criterios de equidad; sin embargo, en la práctica dicha aplicación solo ha sido reconocida a partir de una serie de condiciones para cuando sucediera un empobrecimiento en particular carente de causa, el afectado pudiera reclamar la restitución (Díez-Picazo, 2011, p. 34). Tales condiciones fueron: *condictio in debiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem o miustam causa* y *condictio sine causa*.

El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que nace como una forma de mantener el equilibrio económico en las relaciones y transacciones entre particulares. Ahora, desde el punto de vista del derecho público, esta institución no había tenido un desarrollo, toda vez que en las relaciones entre los particulares y el Estado han prevalecido las ideas que se desprenden de la justicia distributiva, mediante la cual se busca la satisfacción del interés general mediante la distribución de recursos escasos. Sin embargo, en la década de los ochenta hubo un cambio significativo en esta forma de entender el tipo de relación existente entre Estado y particulares, el cual, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política, implicó la adopción del enriquecimiento sin causa para la solución de los conflictos contractuales entre el Estado y aquellos.

Teniendo en cuenta tales antecedentes, el objetivo de este capítulo es analizar la figura de los hechos cumplidos desde la perspectiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Teniendo en cuenta que: “[l]a interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho”, el análisis se llevará a cabo a través de la técnica de la línea jurisprudencial “mediante la identificación de los materiales normativos relevantes y la estructura de una narración que dé cuenta y sentido de los mismos” (López, 2006, p.139).

El capítulo se desglosa en cuatro acápites: en el primero se describe el problema jurídico que consiste en “la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales”. En el segundo se identifica la sentencia arquimédica, que es aquella con la que se “tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será ayudar con la identificación de las “sentencias hito” (es decir, las fundamentales). En el tercero se desarrolla la ingeniería reversa realizando una lista de las citas jurisprudenciales que integran la sentencia arquimédica (López, 2006, pp. 132-139).

Por último, en el cuarto acápite me ocuparé de desarrollar la narrativa y análisis de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial, clasificando el periodo anterior a la expedición de la sentencia de unificación, el periodo de la Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, finalmente, el periodo posterior a la sentencia de unificación expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En palabras de Diego López:

El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí (López, 2006, pp. 132-139).

2.1. Problema jurídico

Siguiendo la metodología propuesta por Diego López Medina en *El derecho de los jueces* (2006), el problema jurídico para la construcción de la línea referente al tratamiento de los hechos cumplidos desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa es: ¿es posible la restitución al patrimonio del particular mediante la *actio de in rem verso* en los casos en los que no media contrato entre este y la entidad estatal, pero se da la efectiva prestación del servicio o la ejecución de la obra o, por el contrario, la inexistencia del contrato impide tal restitución por contrariar normas de carácter imperativo como las referentes a la formalidad del contrato estatal?

La jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, concretamente la decisión tomada mediante la Sentencia de Unificación de la Sala Tercera del Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012, reafirmó la obligación de cumplir con el deber constitucional de buena fe objetiva, e insistió en la obligación de respetar las normas de contratación estatal. En esta providencia se establecieron ciertos supuestos específicos que limitan el ámbito de aplicación del enriquecimiento sin causa:

1. Existencia de un enriquecimiento a favor de una de las partes.
2. Empobrecimiento de otro patrimonio como consecuencia del enriquecimiento.
3. Debe existir una relación de causalidad directa entre el enriquecimiento de una persona y el empobrecimiento de la otra.
4. No puede existir otra causa jurídica válida, que justifique el traslado patrimonial.

Es importante destacar que la acción de enriquecimiento sin causa tiene una baja probabilidad de prosperar, debido a que recurrentemente la jurisprudencia de la Sección Tercera ha castigado al contratista que incumple la normativa de perfeccionamiento del contrato estatal, esta actuación por parte del contratista se presume como un actuar contrario a la buena fe objetiva cuando no se respetan las formalidades propias de la contratación estatal.

El principio de buena fe encuentra su fundamento constitucional en el artículo 83, el cual establece que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ajustarse a los principios de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. En este sentido, la Corte ha indicado que “la buena fe es un principio

que se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas” (Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008).

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de los principios de confianza legítima y buena fe. Según esta interpretación, tanto los particulares como las autoridades tienen la obligación de mantener una conducta congruente y cumplir las obligaciones asumidas entre ellos en los acuerdos que han establecido. Así “como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas” (Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2004).

El principio de buena fe en materia contractual busca asegurar que los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas se realicen de manera transparente, justa y ética, y que las partes involucradas actúen de manera honesta y leal en todas las fases del proceso contractual. Al respecto la Ley 80 de 1993, en el artículo 28, establece:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 17 de abril de 1996, sostiene que la buena fe se clasifica en dos categorías: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Esto es planteado en los siguientes términos:

Buena fe objetiva: actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; buena fe subjetiva: consiste en la condición de un sujeto en una condición jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma.

Así, en situaciones en las que no existe un contrato formal, pero se lleva a cabo la prestación efectiva de un servicio o la ejecución de una obra, y se invoca el principio de buena

fe para recurrir a la *actio in rem verso*, es fundamental distinguir entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

La buena fe subjetiva se refiere más a un estado de convencimiento o creencia personal de actuar correctamente según el derecho. Sin embargo, en el contexto de la contratación estatal, lo que importa es la buena fe objetiva que se refiere al comportamiento real y efectivo de las partes, en consonancia con el ordenamiento jurídico. En las etapas precontractual y contractual la buena fe objetiva se basa en estándares de conducta generalmente aceptados y en las expectativas razonables de las partes involucradas. No es suficiente simplemente creer que se está actuando de buena fe, sino que es necesario demostrar un comportamiento real que se ajuste a las normas y principios legales aplicables.

La buena fe objetiva, que debe prevalecer en la contratación estatal, se fundamenta en el régimen jurídico que no se limita únicamente a las normas positivas, sino que también se basa en principios y valores derivados de un ordenamiento jurídico superior. Estos principios y valores tienen como objetivo preservar el interés general y garantizar la seguridad jurídica para los ciudadanos.

En la citada Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, se relacionan los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso*. 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* 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 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.

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

Teniendo presente el escenario del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* es importante destacar que el enriquecimiento sin causa tiene una naturaleza compensatoria. Su objetivo principal es restablecer la equidad en situaciones en las que una parte ha sido injustamente beneficiada a expensas de otra. Por lo tanto, en caso de que las pretensiones del demandante prosperen, este solo tendrá derecho a recibir el monto correspondiente al enriquecimiento obtenido.

Así, pues, existe una diferencia significativa entre restitución patrimonial, compensación e indemnización, son términos que se utilizan en el ámbito legal para referirse a diferentes formas de reparación o compensación por daños o perjuicios. La restitución patrimonial abarca la devolución o restablecimiento de bienes, derechos o valores obtenidos de manera injusta o que han sido objeto de un enriquecimiento sin fundamento. Esta acción busca devolver a una persona o entidad a la posición que ocupaba previamente a la afectación derivada de una acción u omisión por parte de la administración pública. Su propósito primordial es rectificar las consecuencias negativas derivadas de actos administrativos irregulares, ilegales o injustos. Cuando se verifica que una acción administrativa ha resultado en perjuicio, la restitución emerge como un recurso fundamental para reparar el daño.

La compensación tiene como objetivo resarcir el daño sufrido restaurando el equilibrio del patrimonio que se ha visto afectado o empobrecido. Esta acción se circunscribe al alcance del enriquecimiento patrimonial, es decir, busca equilibrar los intereses y derechos de los ciudadanos con los del Estado cuando se ha producido un daño o perjuicio debido a una acción u omisión por parte de la administración pública; se analiza la disminución patrimonial sufrida por el demandante, hasta la medida en que realmente haya habido un aumento patrimonial por

parte del demandado y no proceden pretensiones como el reconocimiento de utilidades o intereses

La indemnización busca reparar los perjuicios y daños ocasionados por la actividad de la administración pública, mediante un resarcimiento integral. Este mecanismo tiene como propósito cubrir los gastos, pérdidas económicas y posibles consecuencias sufridas por la parte que se vean afectados por las acciones u omisiones de la administración.

Los conceptos de daños y perjuicios hacen referencia a las pérdidas, tanto de carácter material como moral, originadas por acciones u omisiones que contravienen el ordenamiento jurídico y, por ende, requieren de un resarcimiento. Específicamente, el daño tiene que ver con las repercusiones negativas que impactan en el patrimonio, los bienes o la integridad de una persona. Por su parte, los perjuicios materiales no comprometen la integridad de la persona, son de índole patrimonial, se relacionan con los gastos ocasionados por la acción u omisión de una tercera persona, o con ganancias lícitas dejadas de percibir.

Es frecuente que las expresiones "daño" y "perjuicio" se utilicen como sinónimos, es decir, se emplean indistintamente sin un análisis detallado de sus alcances diferenciales. No obstante, es importante reconocer que en el ámbito jurídico, estas expresiones pueden tener diferencias significativas. Al respecto Francis Paul Bénéoit sostiene que:

El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. (Henaó, 1998, p.76).

2.2. Sentencia arquimédica o hito: Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

La identificación de la sentencia arquimédica para el problema jurídico propuesto, siguiendo la clasificación teórica de Diego López Medina, está mediada por dos elementos clave: i) por constituir la sentencia dominante, no solo por el número de veces que es citada en los

pronunciamientos subsiguientes, sino, principalmente, porque en ella la Sección Tercera del Consejo de Estado fijó los criterios relevantes con los que se deciden los casos de *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa y, ii) por ser una sentencia consolidadora, en la medida en que define con autoridad las subreglas de derecho aplicables en estos casos, a partir de decantar los pronunciamientos que hasta ese momento había efectuado la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Para abordar el problema de si es posible reconocer a particulares el pago de actividades a favor del estado sin soporte contractual, esto es, sin que previamente se suscriba el contrato estatal, la prórroga o la adición, en la Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se afirma que la figura de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa se admite de manera excepcional al menos en los siguientes tres casos: cuando la administración constriñe al particular para que ejecute prestaciones a su favor; cuando resulte urgente la adquisición de bienes, servicios u obras ante la amenaza o la lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, a la vida y a la integridad personal y cuando debe legalmente declararse la urgencia manifiesta, pero la administración lo omite y en cambio solicita

la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993 (Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente número 24897).

De otro lado, en la Sentencia con expediente 2850 del 9 de marzo de 1984, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se adoptó la posición según la cual, “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro” (artículo 831 del Código de Comercio). Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que para que sea procedente la figura del enriquecimiento sin justa causa es necesario que la parte actora demuestre que se produjo “un enriquecimiento de la administración, un empobrecimiento correlativo en el contratista, éste y aquél sin causa” (Sección Tercera, 1984, expediente número 2850). De esta manera el ejecutor de las obras o servicios se hace acreedor al resarcimiento so pena de configurarse un enriquecimiento para la administración.

Con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra, el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25662, precisó que no tiene aplicación la figura del enriquecimiento sin justa causa cuando un particular, sin que exista un contrato, es decir por su cuenta y riesgo, decide prestar un servicio o suministrar un bien

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 (Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente número 25662).

Las razones que dio el Consejo de Estado para unificar la jurisprudencia y cambiar la subregla en cuanto a la figura de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa es que existe una pluralidad de posiciones sobre el tema lo que conlleva a una ambigüedad, y enfatiza la sala que esta figura no puede ser utilizada 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 (Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente número 24897).

Permitir lo contrario, aduciendo la buena fe subjetiva, elude el mandato imperativo de la ley que exige el escrito para perfeccionar el contrato estatal.

Con base en lo anteriormente señalado, la estructura de citas usada en la sentencia arquimédica es la siguiente, aclarando que el primer nivel corresponde a las sentencias expresamente mencionadas en el fallo y los niveles subsiguientes a las sentencias que se citan en cada una de las del primer nivel.

ARQUIMÉDICA	Primera generación	Segunda generación	Tercera generación
24897 – 2012	4070 - 1984		
	5579 - 1990		
	5618 - 1991		
	6306 - 1991	4070 - 1984	

	5618 - 1991	
5686 - 1991		
5876 - 1992	2850 - 1984	
	4070 - 1984	
6822 - 1992		
9409 - 1996		
10030 - 1997		
12775 - 2000	10030 - 1997	
	5825 - 1991	
	11099 - 1998	
22178 - 2002	3886 - 1987	
	12849 - 1999	
	10873 - 1999	
25561 - 2004	6103 - 1991	
	6306 - 1991	
	8118 - 1995	
	12775 - 2000	
	10030 - 1997	
	11099 - 1998	
25662 - 2006		
14669 - 2007	9409 - 1996	
	9347 - 1996	
	16937 - 2000	
15469 - 2007	9409 - 1996	
15662 - 2009		
35026 - 2009		
17008 - 2012	6306 - 1991	
	15662 - 2009	
	16452 - 2010	15662 - 2009
		35026 - 2009

2.3 Ingeniería reversa

Una vez identificada la sentencia hito o arquimédica en materia de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa, el siguiente paso en la construcción de la línea jurisprudencial es la identificación de las sentencias que la propia Sección Tercera del Consejo de Estado ha identificado como las más relevantes, destacando en cada una de ellas los aspectos que ameritan considerarlas como sentencias que -si bien mantienen la subregla de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa y, en términos de Diego López, podrían considerarse que están dentro de la misma *sombra decisional*, incluyen algunos elementos adicionales al momento de precisar en qué casos hay lugar a atribuir dicha responsabilidad.

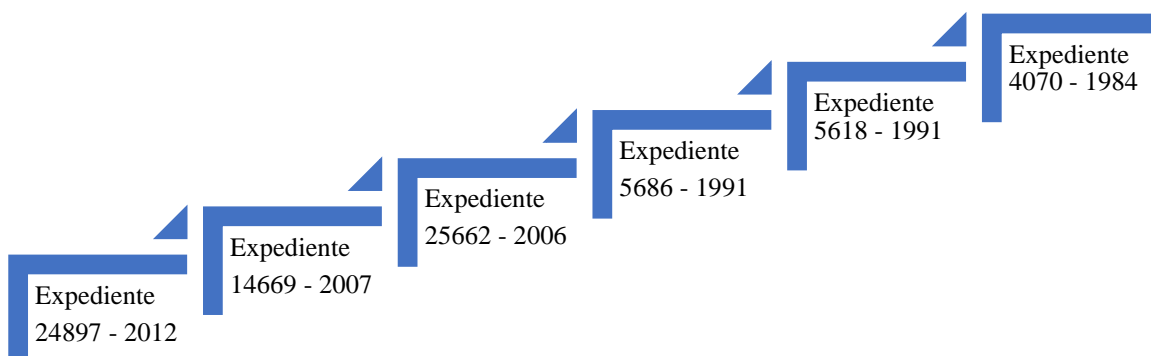
La Sentencia del 19 de diciembre de 2012, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente 24897, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (que cita las sentencias 4070 – 1984, 5579 – 1990, 5618 -1991, 6306 – 1991, 5686 – 1991, 5876 – 1992, 6822 – 1992, 9409 – 1996, 10030 – 1997, 12775 – 2000, 22178 – 2002, 25561 – 2004, 25662 – 2006, 14669 – 2007, 15469 – 2007, 15662 – 2009, 35026 – 2009, 17008 - 2012) señaló que el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia, la *actio de in rem verso* no pueden ser invocados para reclamar el reconocimiento de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, sin que medie la suscripción de un contrato estatal que los ampare, por la simple razón 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.

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

La Sala es reiterativa en afirmar que la única vía procesal para invocar el enriquecimiento sin causa y, en consecuencia, la *actio de in rem verso* es la reparación directa y solo hasta el monto del empobrecimiento toda vez que esta figura es netamente compensatoria. No obstante 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.

Figura 1. Sentencias citadas



Fuente: elaboración propia

De las sentencias citadas en el fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, encontramos que:

- i. En la Sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 14669, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, (citada en las sentencias 15662 – 2009, 35026 – 2009, 24897 – 2012), la cual cita las sentencias 9409 – 1996, 9347 – 1996, 16937 – 2000, precisó que, el caso en cuestión, se enmarca en un evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento tanto de la entidad como del contratista, ya que, si bien existía contrato de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes, razón por la cual la acción procedente es la de controversias contractuales y no la *in rem verso*, porque esta es una acción subsidiaria que se aplica cuando las demás acciones no son procedentes y siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: el enriquecimiento de la entidad y el correlativo empobrecimiento del particular, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica, que el demandante carezca de otra acción procedente para reparar el empobrecimiento y que no se pretenda eludir una disposición imperativa de la ley.

- ii. En la Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25662, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, (citada en las sentencias, 14669 – 2007, 15662 – 2009, 24897 – 2012), la Sala replantea su posición en cuanto al reconocimiento de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa, y manifiesta que cuando un contratista de una entidad pública preste un servicio o ejecute una obra sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, posteriormente no puede ampararse en su propia culpa para solicitar que le sea reconocido lo que ha dejado de percibir como consecuencia de la violación a la ley.

Es evidente que en esta posición de la Sala se excluye a la administración como llamada a respetar el ordenamiento jurídico, más exactamente las normas en materia de contratación estatal, toda vez que cuando se presta un servicio o se ejecuta una obra a favor del estado sin la suscripción de un contrato o un adicional, pareciera que la responsabilidad del empobrecimiento recae sobre el mismo particular.

- iii. En la Sentencia del 11 de octubre de 1991, expediente 5686, Consejero Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, (citada en las sentencias, 6103 – 1991, 6788 – 1992, 6822 – 1992, 24897 – 2012), la Sala enfatizó que la teoría del enriquecimiento sin causa no se puede convertir en una figura que utilizan los particulares y las entidades para eludir las normas en materia de contratación estatal, con la intención de más adelante invocar ante la jurisdicción el reconocimiento económico de las prestaciones a través de la *actio in rem verso*.

Hasta el momento el Consejo de Estado en los temas de *la actio in rem verso*, no analizaba términos de caducidad o prescripción de la acción, a partir de este fallo se utilizó el termino de caducidad para la acción, “medio de control”, lo que en la actualidad se denomina como reparación directa, la cual está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente (artículo 28 del Decreto 528 de 1964).

- iv. La Sentencia del 22 de febrero de 1991, expediente 5618, (citada en las sentencias, 6306 – 1991, 6788 – 1992, 14669 – 2007, 35026 – 2009, 24897 – 2012), el Consejo de Estado en este fallo, consolida la posición sentada por la Sección Tercera del

Consejo de Estado en la Sentencia del 12 de diciembre de 1984, expediente 4070 Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, en lo que respecta a que la *actio in rem verso* es procedente cuando debiéndose celebrar un contrato o un adicional no se realiza pero las obras son ejecutadas y recibidas a satisfacción por el Estado.

- v. La Sentencia del 12 de diciembre de 1984, expediente 4070, (citada en las sentencias 5686 – 1991, 6103 – 1991, 5876 – 1992, 6306 – 199, 15662 – 2009, 24897 – 2012), si bien puede considerarse como la sentencia fundadora de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa, es una providencia que en su *ratio decidendi* se inclina por una tesis positiva, empleando el principio general del derecho según el cual, nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro (artículo 831 del Código de Comercio).

Enfatiza que, si una entidad permite la ejecución de una obra o la prestación de un servicio sin mediar contrato y además los recibe a satisfacción, se configura un enriquecimiento sin causa para la administración y un empobrecimiento para el contratista y por carecer de acción para reclamar judicialmente, resulta procedente la *actio in rem verso*.

De las sentencias destacadas en la providencia del 19 de diciembre de 2012, expediente 24897, encontramos que las sentencias relevantes en el escenario jurídico en estudio son: i) Sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 14669, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra; ii) Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25662, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra y, iii) Sentencia del 11 de octubre de 1991, expediente 5686, Consejero Ponente Julio Cesar Uribe Acosta. Las demás sentencias, si bien abordan aspectos que son importantes para la definición del alcance del enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, son pronunciamientos en los que de manera más tímida se hacen algunas sugerencias, pero que finalmente son tratadas de manera más clara y con mayor argumentación en las sentencias antes descritas.

2.4. Narrativa y análisis de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial

Las sentencias que hemos incluido dentro del análisis jurisprudencial son las siguientes:

Tabla 1. Universo de sentencias

Sentencia	Consejero Ponente	Clasificación
2850 – 1984	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia fundante
4070 – 1984	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia de reiteración
3886 – 1987	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia de reiteración
5579 – 1990	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia de reiteración
5618 -1991	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia de reiteración
5686 – 1991	JULIO CESAR URIBE ACOSTA	Sentencia que incluye termino de caducidad
5825 – 1991	CARLOS BETANCUR JARAMILLO	Sentencia de reiteración
6103 – 1991	DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ	Sentencia de reiteración
6306 – 1991	DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ	Sentencia de reiteración
5876 – 1992	JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ	Sentencia de reiteración
6822 – 1992	JULIO CESAR URIBE ACOSTA	Sentencia de reiteración
8118 – 1995	JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ	Sentencia de reiteración
9409 – 1996	JESUS MARIA CARRILLO BALLESTERO	Sentencia de reiteración
10030 – 1997	RICARDO HOYOS DUQUE	Sentencia de reiteración
11099 – 1998	DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ	Sentencia de reiteración
10873 – 1999	RICARDO HOYOS DUQUE	Sentencia de reiteración
12849 – 1999	ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ	Sentencia de reiteración
12775 – 2000	RICARDO HOYOS DUQUE	Sentencia de reiteración
16937 – 2000	CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ	Sentencia de reiteración
22178 – 2002	ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ	Sentencia de reiteración

25561 – 2004	ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ	Sentencia de reiteración
25662 – 2006	RAMIRO SAAVEDRA BECERRA	Cambio de jurisprudencia
14669 – 2007	RAMIRO SAAVEDRA BECERRA	Sentencia de reiteración
15469 – 2007	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	Sentencia de reiteración
15662 – 2009	MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR	Sentencia de reiteración
35026 – 2009	ENRIQUE GIL BOTERO	Sentencia de reiteración
17008 – 2012	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	Sentencia de reiteración
24897 – 2012	JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA	Sentencia hito
19045-2013	ENRIQUE GIL BOTERO	Sentencia desconoce precedente

Fuente: elaboración propia

Ahora, estas sentencias, que constituyen el *universo genérico*, las hemos clasificado y distribuido de la siguiente manera, precisando que las destacadas son las que sientan una posición inicial y las que le siguen o bien son reiterativas o bien se encuentran dentro de la misma sombra decisional.

Tabla 2. Línea jurisprudencial

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ¿es posible la restitución al patrimonio del particular mediante la <i>actio de in rem verso</i> en los casos en los que no media contrato entre este y la entidad estatal pero se da la efectiva prestación del servicio o la ejecución de la obra o, por el contrario, la inexistencia del contrato impide tal restitución por contrariar normas de carácter imperativo como las referentes a la formalidad del contrato estatal?		
Si una entidad permite la ejecución de una	2850 – 1984 4070 – 1984 3886 – 1987	La <i>actio de in rem verso</i> no pueden ser

	4465
	6 –
	2018
	5148
	0 -
	2021

Fuente: elaboración propia

En cuanto al número de veces que un fallo es citado, encontramos que las sentencias 070 – 1984, 6306 – 1991, 8118 – 1995, 10030 – 1997, 11099 – 1998, 15662 – 2009 son las más usadas en la construcción de los argumentos que permiten concluir que es procedente la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa cuando se ejecutan obras o se prestan servicios a favor del Estado sin mediar contrato.

Para efectos de determinar la forma como se ha consolidado la jurisprudencia relativa a los casos en los que es procedente la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa, a continuación describiré tres momentos relevantes, de los cuales el primero corresponde a los antecedentes a la Sentencia de unificación desde los puntos de vista sustancial y procesal; el segundo a la Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado y el tercer, y último momento relevante, corresponde a la jurisprudencia de la Sección tercera del Consejo de Estado con posterioridad a la Sentencia de unificación.

2.4.1. Periodo anterior a la expedición de la sentencia de unificación

En la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa se diferencian tres etapas: la primera etapa se remonta a la sentencia fundante expedida en los años 80, donde el Consejo de Estado sostenía una posición que permitía a una persona reclamar por prestaciones ejecutadas a favor de entidades públicas, incluso si no existía un contrato suscrito. Para que procediera la *actio in rem verso* se debían cumplir ciertos requisitos, como la confianza legítima, la carga de conocimiento de la ley contractual por parte de la entidad demandada y el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política. (Consejo de Estado, 17 de julio de 1996, expediente 9409).

En un segundo escenario, el 30 de abril de 2006, expediente 25662 con ponencia de Ramiro Saavedra Becerra, el Consejo de Estado insistió que las normas que rigen los procesos de contratación deben cumplirse estrictamente y que no se puede alegar desconocimiento de la ley por ninguna de las partes. En este contexto, se estableció que las normas que regulan la contratación estatal evitan el enriquecimiento sin causa y, de acuerdo con esta decisión, la acción de enriquecimiento sin justa causa procedería únicamente en el caso de obras adicionales cuando la entidad no cumpla con su deber de formalizar la adición al contrato.

El Consejo de Estado, el 7 de junio de 2007, expediente 14669, señaló que la acción de enriquecimiento sin justa causa no puede utilizarse para resolver situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico, incumplimiento del contratista o eventos causados por una falta de gestión o una gestión administrativa ineficiente, como por ejemplo la falta de partida presupuestal.

No obstante, el 22 de julio de 2009, expediente 35026 con ponencia de Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado realizó modificaciones a estas apreciaciones, se determinó que la administración era la primera en acatar la ley y, por lo tanto, debía asumir la responsabilidad por el empobrecimiento del contratista fallido. Esto implica que, en ciertas circunstancias, la administración puede ser considerada responsable por los perjuicios causados a un contratista debido a su propio incumplimiento o mala gestión.

Por último, cabe destacar la Sentencia de Unificación emitida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el día 19 de noviembre de 2012, expediente 24897. En esta Sentencia, se reiteró la importancia del estricto cumplimiento del deber constitucional de buena fe objetiva y la obligación de acatar las reglas de la contratación estatal. Además, se restringió el ámbito de aplicación del enriquecimiento sin justa causa a supuestos específicos. Esta Sentencia marcó un hito en la jurisprudencia y estableció criterios más precisos para la aplicación de la acción de enriquecimiento sin justa causa en el ámbito de la contratación estatal. A partir de esta decisión, se limitó su aplicación únicamente a situaciones específicas y se reafirmó la importancia de la buena fe y el cumplimiento de las normas en materia de contratación.

2.4.2. Periodo de la Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

El 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, el Consejo de Estado fijó un criterio opuesto al que venía aplicándose y, por ende, creó un nuevo precedente respecto de las sentencias que le anteceden en el tiempo.

Este nuevo precedente señala el carácter residual de la *actio in rem verso* dentro de la jurisdicción y precisó sus características: 1) es de naturaleza subsidiaria, solo procede cuando no se cuente con diferente medio de control de ley; 2) es excepcional, pues el traslado patrimonial no debe tener nacimiento en ninguna otra de las fuentes de las obligaciones; 3) es una acción única y con una finalidad exclusivamente compensatoria, por lo tanto, las pretensiones deben limitarse al monto del enriquecimiento patrimonial (Consejo de Estado, 19 de noviembre de 2012, expediente 24897).

En ese sentido, el Consejo de Estado en la providencia de unificación precisó que la *actio in rem verso* es una pretensión dirigida a restablecer apropiaciones indebidas, y establece que el trámite procesal de esta pretensión se llevará a cabo bajo el medio de control de reparación directa, regulado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011. Esta elección se debe a que la *actio in rem verso* se desarrolla en situaciones donde no se dio aplicación a las normas de contratación pública y el termino de caducidad de esta pretensión se limita a dos años posteriores al conocimiento de la negativa por parte de la entidad al pago de las prestaciones.

Como puede observarse en el esquema propuesto, el precedente administrativo fijado por el Consejo de Estado es continuamente reiterado en las decisiones proferidas por la subsección C de la Sección Tercera, por lo que puede afirmarse que, a la fecha, no hay duda acerca de la aplicación de la figura de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin justa causa cuando se ejecuta una obra o se presta un servicio sin mediar la suscripción de un contrato.

2.4.3. Periodo posterior a la sentencia de unificación expedida por la Sección tercera del Consejo de Estado

Es importante señalar que luego de la Sentencia de Unificación emitida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la misma Sección Tercera, pocos meses después, ha dictado sentencias en las que parece desconocer la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación. Tal es el caso del 30 de enero de 2013, expediente 19045 con ponencia de Enrique Gil Botero, el cual contó con salvamento de voto del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ponente de la Sentencia de Unificación del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897. En este caso particular, el magistrado Santofimio sostuvo que no se demostró que la administración, en ejercicio de su supremacía, haya "constreñido" o "impuesto" al contratista la ejecución de las obras. Por lo tanto, argumentó que la sentencia de primera instancia debería haber sido revocada para negar todas las pretensiones de la demanda.

Posteriormente, tan solo trece días después de la decisión anterior, el 13 de febrero de 2013, expediente 24969, se observa nuevamente un desconocimiento por parte del Consejo de Estado de las reglas establecidas por la Sentencia de unificación. En este caso, se admite un supuesto de enriquecimiento sin justa causa, considerando la desigual relación existente entre el señor Helmy Cuecha Leal y la Cámara de Representantes. Esta desigualdad se basa en el ejercicio de la supremacía, autoridad e *imperium* de la entidad estatal, que obligó al particular a realizar prestaciones o suministrar bienes y servicios en beneficio de la entidad, sin un contrato estatal o prescindiendo del mismo. Esta situación, evidencia la falta de consistencia en la aplicación de las reglas establecidas por la Sentencia de unificación, así como la consideración de circunstancias particulares en las que la relación de poder influye en la ejecución de prestaciones sin un contrato formal.

Por su parte la Marta Nubia Velásquez, basándose en la Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, ha sostenido que existen casos específicos de enriquecimiento sin causa claramente tipificados, así como otros casos que, aunque no están establecidos de manera taxativa, comparten características similares a los primeros. Esta posición se fundamenta en consideraciones de justicia, ya que resulta injusto que una persona, a pesar de no cumplir estrictamente con la legalidad, deba soportar la pérdida de su patrimonio cuando ha brindado un servicio necesario para lo público (Consejo de Estado 7 de diciembre de 2016, expediente 37492).

A pesar de los casos anteriormente relacionados, las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de la Sentencia de Unificación del 19 de noviembre de 2012, se puede observar que ha mantenido una consistencia rigurosa en relación con los casos en los que se menciona expresamente el enriquecimiento sin causa en asuntos relacionados con litigios contractuales. Se ha limitado estrictamente a los supuestos establecidos en la sentencia de unificación, excluyendo casi de manera definitiva aquellos que no se ajustan a estos tres supuestos.

CAPÍTULO III

ALTERNATIVAS: MÁS ALLÁ DE LA TESIS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El propósito de este capítulo es analizar diferentes alternativas para reconocer los hechos cumplidos más allá de la tesis del enriquecimiento sin causa. El capítulo se desglosa en tres acápite: en el primero, se describe el principio de legalidad del gasto en el entendimiento del contrato estatal, el cual garantiza que el Estado actúe dentro de los límites de la ley. Allí se desarrollan los conceptos de formalidad del contrato estatal y del contrato estatal como un contrato de adhesión, es decir, aquel en el que una de las partes tiene un papel predominante en la formación del contrato. y, por último, c) la discrecionalidad del Estado en la definición de condiciones como la del deber de establecer las particularidades y elementos del negocio en función de la necesidad que se pretende satisfacer.

En el segundo acápite se analiza el principio de la autonomía de la voluntad y el acercamiento a las concepciones del derecho privado. Esto supone que el sistema jurídico no siempre es completo y puede contener lagunas. Así mismo, se hace un análisis de lo que se entiende en la jurisprudencia por autonomía de la voluntad y cuál es su alcance, toda vez que se debe reconocer que esta no debe interpretarse como la concesión de un poder absoluto. Por último, en el tercer acápite, se propone la conciliación como una alternativa para la resolución de los hechos cumplidos basado en los principios de eficiencia y buena fe. Desde esta perspectiva, se sugiere considerar la alternativa de la conciliación como un mecanismo para ratificar el pago de actividades que no solo carecen de soporte presupuestal, sino que también pueden carecer de un acto o contrato debidamente formalizado.

3.1. El principio de legalidad del gasto en el contexto del contrato estatal

Tal como se analizó en el primer capítulo, el principio de legalidad es una característica fundamental del Estado de derecho, referido a una forma de organización política y social en donde se protegen y fomentan los derechos individuales y las libertades civiles. Se caracteriza principalmente por la separación del poder público en distintas ramas, órganos y otros entes públicos que se controlan y se balancean entre sí (Montesquieu, 1984). Esto garantiza que la administración pública actúe de manera institucional, predecible y

respetuosa con los derechos individuales al limitar su poder y asegurarse que todas sus acciones estén respaldadas y enmarcadas en el ordenamiento jurídico respectivo.

La transición hacia un Estado constitucional ha sido resultado directo de la influencia de los principios del Estado liberal clásico y la consecuente implementación de un Estado de derecho. Esta transformación ha implicado la restricción de los poderes, a menudo, acompañada de la promulgación de una constitución o leyes que delimitan, de manera clara, las funciones y las competencias del gobernante. Esta estructura democrática permite una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones políticas y asegura que el poder no esté concentrado exclusivamente en la figura del gobernante, sino que sea compartido con otros representantes electos popularmente (Bayón, 2002).

Tales rasgos o características no son exclusivos del Estado de derecho en su versión más clásica, por tanto, también la legalidad está presente de forma central en los modelos de Estado social de derecho. Esta estructura jurídico-política ha sido acogida para el Estado colombiano desde el artículo 1 de la Constitución Política de 1991. En este contexto, el poder del Estado no solo está limitado en la legislación para que su ejercicio sea legítimo sino que recae sobre el mandato imperativo de los derechos. Una actuación legal no puede ser legítima si viola los derechos de los ciudadanos. La garantía de los derechos es un fin esencial del Estado que no puede soslayarse por otros pretextos aparentemente superiores. El sentido de la legalidad se deriva justamente del alcance que tienen los derechos en el marco de la supremacía constitucional y de la interpretación constitucional que realiza un órgano especializado (Celis Vela, 2022).

A partir de lo anterior, conviene enfatizar en la transversalidad del principio de legalidad como elemento indispensable para el adecuado funcionamiento del Estado social de derecho teniendo como horizonte la eficacia material de los derechos. Preciado esto, el principio constitucional de legalidad tiene como objetivo garantizar que el Estado, en cualquiera de sus variantes, actúe dentro de los límites de la ley maximizando contenidos sustantivos. En otros términos, esto significa que dicho principio propende porque las acciones de las autoridades públicas estén respaldadas en fuentes normativas positivizadas y explícitas que fundamenten sus actuaciones y decisiones respetuosas de las garantías fundamentales.

Aunque la función pública estatal tiene diversas manifestaciones, en el ámbito de la contratación estatal, la expedición de la Ley 80 de 1993 responde a una transformación en la concepción constitucional de la interacción entre, de una parte, i) el Estado y los particulares; y, de otra, ii) las mismas entidades o autoridades administrativas (interadministrativas). En este sentido, esta ley “constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma” (Sentencia del 20 de octubre de 2005, radicado 14579). Sin embargo, “el principio de legalidad se constituye en una herramienta constitucional de protección de los administrados” (Rodríguez, 2022, p. 55). En ese sentido, este principio, en el contexto del Estado social de derecho y de la contratación estatal, constituye la garantía de protección de los derechos, como lo son la igualdad y la buena fe. La legalidad tiene importancia en la medida que las actuaciones también se revisten de legitimidad por la conexión con los derechos.

3.1.1. Formalidad del contrato estatal

La Ley 80 de 1993, en el artículo 39, al referirse a la forma del contrato estatal establece que:

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el contrato estatal es solemne, lo que implica que debe ajustarse a ciertas formalidades establecidas en la ley para adquirir validez y vinculación legal. Estas formalidades incluyen la firma de un documento escrito, la observancia de procedimientos específicos y, en determinadas circunstancias, la aprobación de autoridades competentes.

Así las cosas, el legislador colombiano ha impuesto limitaciones a la libertad contractual de la administración pública toda vez que, tal y como lo manifiesta el Consejo de Estado, “aunque exprese su voluntad y esté amparada por la presunción de legalidad, los actos que realice sin sujeción a determinados procedimientos y exigencias no pueden tener

total eficacia” (Sentencia del 11 de julio de 1996, expediente 9692). Lo contrario ocurre entre particulares, en donde el contrato se perfecciona mediante el mero acuerdo de voluntades entre las partes, sin requerirse el cumplimiento de formalidades precisas, excepto en los casos en que una disposición legal establezca de manera explícita la obligatoriedad de cumplir con una forma específica.

El principio de legalidad es un elemento clave del iuspositivismo, el cual se centra en la creencia de que la validez del derecho se deriva exclusivamente de fuentes específicas. Para ello recurre a “la denominada tesis de las fuentes sociales: [que consiste en] la idea de que la validez de las normas jurídicas depende de hechos sociales y no de su corrección moral” (Buriticá y Garay, 2020, p. 35). En otras palabras, esta concepción establece que la única base para la existencia y aplicación de normas jurídicas es su origen en un sistema legal establecido y reconocido. El iuspositivismo sostiene que el derecho es el conjunto de normas creadas por el hombre y reconocidas por el Estado, con independencia de su contenido moral, se basa en criterios formales y procedimentales para determinar la validez y la eficacia de las normas jurídicas.

Desde una perspectiva iuspositivista, el principio de legalidad se convierte en un criterio formal de validez del derecho, sin necesidad de incluir una valoración moral o sustantiva. Este principio se aplica a todas las ramas del poder público: el poder legislativo, que debe respetar las normas constitucionales; el poder ejecutivo y el poder judicial, que deben ajustar su actuación conforme a la ley. Asimismo, se extiende a los ciudadanos, quienes tienen la responsabilidad de cumplir con las normas jurídicas vigentes. Sin embargo, es necesario reconocer que el Estado debe respetar ciertos límites diseñados para garantizar el respeto a la legalidad, los derechos fundamentales y la división de poderes. Estos límites no solo tienen como objetivo asegurar un funcionamiento justo y equitativo dentro de la sociedad, sino también facilitar la convivencia pacífica entre estados y entre el Estado y sus propios ciudadanos. Esto es esencial para mantener un orden jurídico estable y un sistema de gobierno basado en el Estado social de derecho.

3.1.2. El contrato estatal como un contrato de adhesión

Según Posada Torres (2016), el contrato de adhesión es un acuerdo de voluntades entre dos partes donde una impone a la otra “el contenido del contrato sin ninguna posibilidad

de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de ‘lo toma o lo deja’” (p. 2).

La jurisprudencia ha reconocido el contrato de adhesión como un contrato genuino al estimar la existencia de un componente elemental de voluntad y, por ende, de consentimiento, toda vez que el contratista tiene la autonomía para optar por celebrar o no el contrato; así las cosas, la adhesión conlleva implícitamente el consentimiento y es suficiente para constituir el contrato. En esta perspectiva, el Consejo de Estado señala que

los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido (Sentencia del 13 de febrero de 2002, radicado 10339).

La característica fundamental compartida por el contrato administrativo y el contrato civil de adhesión radica en su naturaleza unilateral, esta particularidad se refleja en que una de las partes asume la responsabilidad de redactar el contrato en su totalidad. Es relevante subrayar que esta unidireccionalidad es un elemento clave para la adhesión, pues subraya que una de las partes tiene un papel predominante en la formación del contrato. En ausencia de esta característica, el concepto de adhesión se desvirtúa, y el contrato se desplaza hacia el ámbito de un contrato de libre discusión. Esto implica que ambas partes poseen un papel más equilibrado en la elaboración de los términos contractuales y, por ende, se diluye la unilateralidad que caracteriza a los contratos de adhesión.

3.2. Principio de la autonomía de la voluntad y el acercamiento a las concepciones del derecho privado

En Colombia, el principio de la autonomía de la voluntad es un concepto fundamental en el ámbito de la contratación estatal, y se refiere a la capacidad de las partes involucradas para determinar y establecer libremente los términos y condiciones del contrato. En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Administrativa, estipula en el artículo 40, que las entidades públicas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, tienen la capacidad de regular la forma de concretar sus

contratos incorporando las disposiciones que se estimen necesarias, con la condición de que no se opongan a la Constitución, a la Ley y a los principios rectores que guían el ámbito de la contratación estatal.

Considerando lo expuesto, es posible sostener que el ordenamiento jurídico colombiano no siempre es completo y puede contener lagunas, que son áreas en las que las normas legales existentes no proporcionan una respuesta clara o específica a situaciones particulares y, por ende, una autoridad puede llenarlas, pero debe hacerlo de manera coherente, basado en los principios generales y respetando los derechos y garantías de los ciudadanos. Según Galiano Maritan (2012):

La ciencia jurídica moderna ha llegado a la conclusión de que las leyes son siempre insuficientes para resolver los infinitos problemas que plantea la vida práctica del Derecho. Es decir, que, pese a la aspiración del legislador de prever todas las hipótesis posibles, siempre quedan fuera de ellas casos no imaginados. Estos casos son las llamadas lagunas de la ley (p. 436).

A partir de lo anterior, es pertinente destacar que la jurisprudencia se ha pronunciado en repetidas ocasiones frente al principio de la autonomía de la voluntad en el sentido de indicar que es esencial reconocer que no debe interpretarse como la concesión de un poder absoluto. En lugar de ello, su ejercicio debe circunscribirse a límites razonables a fin de evitar la arbitrariedad. La Corte Constitucional considera que la autonomía de la voluntad “consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general” (Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001).

En este contexto, la Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012, de conformidad con el principio de legalidad, reafirmó la obligación de acatar las normas de la contratación estatal y estableció restricciones a la autonomía de la voluntad en el reconocimiento de los hechos cumplidos y precisó de manera específica los casos en los que procede la *actio de in rem verso*. No obstante, es importante señalar que, durante la ejecución contractual, pueden surgir circunstancias que no fueron anticipadas ni durante la fase de planificación ni previas a su perfeccionamiento. Así mismo, es concebible que, incluso en casos donde ciertos eventos eran previsibles, no hubiera sido

posible anticipar con precisión los detalles de su alcance o impacto. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, en Sentencia del 29 de julio de 2015, indicando que:

la autonomía de la voluntad intrínseca en la relación negocial en modo alguno puede erigirse como soporte válido para la inobservancia de las normas de orden público que, en este caso, propende por defender el equilibrio de intereses que convergen para la celebración de contrato, como lo son por un lado la satisfacción del bien público a cargo del ente estatal y, por otro, el sano y lícito propósito de obtener un provecho económico por parte del contratista.

Posteriormente en el año 2021, el Consejo de Estado afirmó que, en el ámbito de la contratación estatal, bajo el postulado de la autonomía de la voluntad, las partes pueden conciliar aquellas situaciones no contempladas y que son sobrevinientes a la ejecución contractual. Así, “el contenido de las negociaciones a las que arriben en desarrollo de tales negociaciones está revestido de la fuerza de normatividad de los contratos y de la necesaria protección de la buena fe” (Sentencia del 22 de octubre de 2021, radicado 52187).

Consecuente con lo anterior, las entidades estatales, estén o no sometidas a la Ley 80 de 1993 en el quehacer contractual, deben aplicar el postulado según el cual el contrato es ley para las partes regulado en el Código Civil que, en el artículo 1602, establece “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Así mismo, dar estricto cumplimiento al principio de la buena fe que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 871 del Código de Comercio, las partes se “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”.

De acuerdo con el rastreo jurisprudencial descrito, se puede vislumbrar que el principio de buena fe conlleva una conducta honesta entre las partes involucradas en el contrato. Esto subraya la noción esencial de que los contratistas desempeñan un papel colaborativo junto a la administración para alcanzar los propósitos de la contratación estatal. En esta línea, tanto el contratista como la administración se comprometen mutuamente a brindarse colaboración de manera recíproca.

3.3. La conciliación una alternativa para la resolución de los hechos cumplidos basado en los principios de eficiencia y buena fe

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 2220 de 1992, define la conciliación en el artículo 3 como

un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de las diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, quien, además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de la decisión de acuerdo, la cual es obligatoria y definitiva para las partes que concilian.

A partir de lo anterior, la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos puede ser considerada como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la cual, en virtud de la Ley 1285 de 2009, es un “requisito de procedibilidad” previo a la presentación de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales, las cuales se encuentran consagradas en la Ley 1437 de 2011.

En este contexto, antes de iniciar cualquier demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa relacionada con los medios de control mencionados y cuyas pretensiones sean conciliables, es requisito *sine qua non* adelantar el trámite previo de la “conciliación extrajudicial” ante la Procuraduría Delegada de la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Durante esta diligencia, existen tres posibilidades: las partes pueden conciliar en su totalidad; no llegar a ningún acuerdo o pueden alcanzar un acuerdo parcial. En caso de un acuerdo parcial, el representante del Ministerio Público dejará constancia clara de los asuntos que se han conciliado y de aquellos que no lo han sido, si se logra un acuerdo total se suscribe acta de conciliación.

Importante destacar que, ya sea un acuerdo conciliatorio total o parcial, este tiene mérito ejecutivo y adquiere la condición de cosa juzgada. Para que proceda la conciliación como mecanismo alternativo para la solución de aquellos hechos jurídicos materializados y que generan obligaciones o erogaciones que afectan recursos públicos sin que previamente se haya cumplido con las apropiaciones presupuestales, es necesario demostrar que se ha actuado siguiendo el principio de la buena fe, el cual “tiene como finalidad evitar que una de

las partes se atrinchere en lo pactado literalmente en una cláusula para incumplir una obligación que le incumbe según la naturaleza del contrato, la ley, la costumbre o la equidad natural” (Sentencia del 10 de febrero de 2021, radicado 56178).

En Colombia, la Constitución Política de 1991 aborda el principio de buena fe en el artículo 83 estableciendo que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Por su parte, la Corte Constitucional, “ha destacado la proyección que la buena fe ha adquirido y, especialmente, su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares, y entre estos y el Estado” (Sentencia C-330 del 23 de junio de 2016).

Este principio de la buena fe ha sido clasificado por la doctrina en objetiva y subjetiva. La buena fe objetiva se refiere a un estándar objetivo de comportamiento honesto y justo que se espera de todas las personas en una situación dada. Implica que una persona debe actuar de acuerdo con los estándares razonables de honestidad y rectitud en una determinada situación, independientemente de su conocimiento o intenciones personales. En otras palabras, se evalúa cómo una persona razonable se comportaría en circunstancias similares. La subjetiva se refiere a la intención sincera y honesta de una persona al llevar a cabo una acción, aun cuando pudiera ser considerada antijurídica o contraria a la ley. Se centra en la creencia de la persona de que está actuando de manera correcta, a pesar de que la legalidad de la acción pueda ser motivo de cuestionamiento.

Neme Villareal (2009) le ha dado, a su vez, una clasificación a la buena fe objetiva en “activa” y “pasiva”. Esta es activa cuando el ordenamiento jurídico impone a un sujeto actuar de determinada manera. La pasiva es aquella confianza que se tiene y que lleva a pensar que la contraparte actúa conforme a la ley. La buena fe subjetiva se clasifica, a su vez, en “simple” y “exenta de culpa”. La simple hace referencia a la conciencia de honestidad y rectitud en las acciones y decisiones, implica la conciencia que se está obrando conforme a derecho (pp. 48-62). Por su parte, la buena fe “exenta de culpa” “tiene como finalidad el corroborar el sustento objetivo de su creencia, reafirmar el propio convencimiento, lograr un grado tal de certidumbre que le permita ampararse en el reconocimiento de un derecho que a pesar de no existir realmente tiene tal apariencia de certeza” (Neme Villarreal, 2009, p. 62).

La jurisprudencia del Consejo de Estado, indica que el principio de buena fe impone a las partes intervinientes en el ámbito de la contratación estatal

un comportamiento leal y una concreción de la premisa según la cual los contratistas son colaboradores de la administración en la consecución de los fines de la contratación estatal y en tal virtud éste y la Administración se adeudan colaboración recíproca. (Sentencia del 22 de noviembre de 2021, radicado 47779).

Consecuente con lo anterior, la buena fe en la contratación radica en mantener íntegramente lo acordado, cumplir con cada uno de los acuerdos que surgen en el desarrollo del contrato, persistir en el cumplimiento de lo estipulado y “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” (Sentencia del 16 de diciembre de 2020, radicado 50613).

Del universo de normas y jurisprudencia sobre contratación estatal, se puede inferir que las disponibilidades y los respectivos registros que busquen apropiar recursos con cargo a los actos jurídicos generadores de obligaciones para la entidad estatal, deberán obtenerse previamente a la suscripción de tales actos o contratos, so pena de incurrirse en la generación de hechos cumplidos, entendidos como aquellos actos que sin tener previamente partidas presupuestales disponibles se ejecutan sin el lleno de las formalidades presupuestales.

Es claro entonces, que para que nazca la figura jurídica del hecho cumplido es necesario expedir actos y celebrar contratos sin que existan las respectivas disponibilidades antes de la fecha para su perfeccionamiento y los respectivos registros de compromisos presupuestales para la debida ejecución del acto o contrato generador de la obligación sinalagmática pertinente o que existiendo partidas presupuestales, las obligaciones que se ejecuten, no cuenten con el debido soporte legal, presupuestal o contractual que las respalde.

En este contexto, se hace necesario llevar a cabo un acto jurídico que permita la legalización y validación del reconocimiento y pago de los “hechos cumplidos”. Esto serviría para extinguir dichas obligaciones de naturaleza económica y prevenir futuros litigios en los

que se pretenda el reconocimiento de derechos económicos para los contratistas, los cuales surgen como resultado de la ejecución material de obras, bienes o servicios.

Desde esta perspectiva, se sugiere considerar la alternativa de la conciliación como un mecanismo para ratificar el pago de actividades que no solo carecen de soporte presupuestal, sino que también pueden carecer de un acto o contrato debidamente formalizado. La conciliación podría servir como un medio para establecer un acuerdo legal entre las partes involucradas, donde se reconozcan y validen los pagos realizados, lo que ayudaría a evitar futuros desacuerdos y disputas legales.

CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo consistió en analizar la tensión que se origina entre la teoría de los hechos cumplidos y el principio de legalidad del gasto en materia contractual y su desarrollo jurisprudencial en la ejecución de actividades contractuales que no están previamente presupuestadas. El trabajo se estructuró en tres capítulos. En el primer capítulo se abordó el principio de legalidad del gasto público en materia de contratación estatal, en el segundo se llevó a cabo un análisis de la figura de los hechos cumplidos desde la perspectiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de la elaboración de la técnica de la línea jurisprudencial y por último, en el tercer capítulo se llevó a cabo un análisis de las diferentes alternativas para reconocer los hechos cumplidos: más allá de la tesis del enriquecimiento sin causa.

En esta investigación se analizó el principio de legalidad del gasto como principio derivado del principio de legalidad aplicado al manejo presupuestal, el cual establece que, en efecto, no se podrá realizar inversión o gasto alguno que no se encuentre contemplado en el presupuesto. Las entidades públicas deben planificar sus gastos para que sean incluidos en el presupuesto del año siguiente y sujetarse, en cada vigencia, a los presupuestos que finalmente hayan sido aprobados con el fin de que todos aquellos actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales cuenten con certificados de disponibilidad presupuestal que garanticen la existencia de apropiación suficiente para cubrir el gasto, evitando así la configuración de hechos cumplidos.

La solución al problema de investigación planteado constituye un gran aporte para el derecho administrativo porque pretende mitigar la tensión que existe entre el principio de legalidad del gasto y la existencia de los hechos cumplidos. Su principal desarrollo consiste en que establece si procede el reconocimiento de esas prestaciones a favor de particulares sin perjuicio de la posible responsabilidad de orden disciplinario y, eventualmente, penal de los funcionarios que intervengan en este tipo de situaciones.

Desde la perspectiva de este trabajo se sugiere considerar la alternativa de la conciliación como un mecanismo para la validación del reconocimiento y pago de los “hechos cumplidos”, cuando se lleva a cabo la prestación de un servicio o la entrega de un suministro sin que previamente se haya perfeccionado en el contrato, o cuando un contrato

que cumpla con los requisitos legales en la apropiación presupuestal, con posterioridad, se quede sin soporte presupuestal. La conciliación podría servir como un medio para establecer un acuerdo legal entre las partes involucradas, que preste mérito ejecutivo, lo que ayudaría a evitar futuros desacuerdos y disputas legales.

Esta investigación devela la importancia de que las entidades públicas realicen la ejecución de actividades contractuales, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de acuerdo con los principios de planeación y anualidad del gasto. De este modo, se evitarán dilaciones que pueden afectar las buenas prácticas de la contratación, pues esta no puede ser el resultado de la improvisación por parte de los funcionarios, sino de una articulación estructurada para el cumplimiento de los fines del Estado, así como de la continua y efectiva prestación de los servicios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Municipal 109 de 2019. Por el cual se establecen las normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquéllas, del orden municipal de Medellín, dedicadas a actividades no financieras. Febrero 27 de 2019. GO. N 4593.
- Bahamón Jara M.L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Bayón, J. C. (2002). Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Buriticá, E. y Garay, K. (2020). Neoconstitucionalismo, positivismo y validez. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 31-52. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100031>
- Celis Vela, D. (2021). La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1261-1290. <https://doi.org/10.1093/icon/moab104>
- Concepto C.E-811 del 17 de abril de 1996, rad. RACS08111996
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En Courtis, C. (Ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.
- Dávila Vinueza, L.G. (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Legis Editores S.A.
- Decreto Municipal 006 de 1998. Por el cual se compilan el Acuerdo 52 de 1995 y el Acuerdo 38 de 1997, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto del Municipio de Medellín. Enero 2 de 1998.
- Garay, K. (2014). Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional colombiana. Una tipología mediada por la distinción entre enunciado

- normativo y norma. *Revista Estudios de Derecho*, 71(157), 73-98.
<https://doi.org/10.17533/udea.esde.21657>
- Galiano Maritan, G. (2012). *La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho*. Universidad de la Sabana.
- Henao, J.C. (1998). *El daño*. Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (Segunda ed.). Legis Editores S.A.
- Mazo Pardo, D.C. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista estudios socio jurídicos*, 9 (2), 181-203.
- Montesquieu, C. D. (1984). *Del espíritu de las leyes* (6a. ed.). Heliasta.
- Neme Villarreal, M. (2009). “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Osorio Moreno, N.D (2013). “Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* 10. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Peña González, E. (2007). Principios e instituciones presupuestales en Colombia. *Revista estudios socio jurídicos*, 9(1), 247-300.
<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9n1/v9n1a09.pdf>
- Rico Puerta, L. A. (2008). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Editorial Leyer.
- Rodríguez Tamayo, M.F. (2022) *Los Contratos Estatales en Colombia*. Editorial Tirant Blanch.
- Santofimio Gamboa, J.O. (2000) *Delitos de celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia.
- Valdivia, J.M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Corte Constitucional. Sentencia C-337, del 19 de agosto de 1993. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. Sentencia C-018, del 23 de enero de 1996. [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. Sentencia C-192, del 15 de abril de 1997. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. Sentencia SU-747, del 02 de diciembre de 1998. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. Sentencia C-710, del 5 de julio de 2001. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. Sentencia C-949, del 5 de septiembre de 2001. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. Sentencia C-330, del 23 de junio de 2016. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. Sentencia T-453, del 22 de noviembre de 2018. [MP Diana Fajardo Rivera].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 1984. Expediente número: 2850

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre 1984. Expediente número: 4070.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (3 de julio de 1990). Expediente número 5579.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de febrero de 1991). Expediente número 5618.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (6 de septiembre de 1991). Expediente número 6306.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (11 de octubre de 1991). Expediente número 5686.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (3 de julio de 1992). Expediente número 5876.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de septiembre de 1992). Expediente número 6822.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de septiembre de 1992). Expediente número 6788.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (11 de julio de 1996). Expediente número 9409.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 1996. Radicación 9692. [MP Juan De Dios Montes Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (4 de julio de 1997). Expediente número 10030.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de mayo de 1995). Expediente número 8118.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (29 de enero de 1998). Expediente número 11099.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (6 de abril de 2000). Expediente número 12775.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de mayo de 2000. Radicación 13073. [MP Jesús María Carrillo Ballesteros].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Radicación 11001-03-26-000-1996-03771-01(12037). [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de julio de 2002). Expediente número 22178.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (15 de abril de 2004). Expediente número 11001-03-26-000-2003-00056-01(25561).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2005. Radicación 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846). [CP Germán Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579). [MP German Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de marzo de 2006). Expediente número 25662.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (7 de junio de 2007). Expediente número 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (29 de enero de 2009). Expediente número 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (22 de julio de 2009). Expediente número 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (17 de marzo de 2010). Expediente número 63001-23-31-000-1998-00164-01(16452).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054) B. [MP Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (9 de mayo de 2012). Expediente número 52001-23-31-000-1997-08590-01(17008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Radicación 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28565). [CP Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2015. Radicación 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312) A. [MP Hernán Andrade Rincón (E)].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Radicación 68001-23-15-000-1996-12430-01(34779). [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312) A. [MP Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2016. Radicación 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278). [MP Germán Bula Escobar (E)].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2018. Radicación 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16).

[MP Sandra Lisset Ibarra Vélez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 01 de diciembre de 2018. Radicación 85001-23-31-000-1997-00423-01 (15603).

[MP Miryam Guerrero De Escobar].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2021. Radicación 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456). [CP Álvaro Namén Vargas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Radicación 13001-23-31-000-2005-01660-01 (52187). [MP José Roberto Sáchica Méndez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Radicación 25000-23-26-000-2010-00963-01 (47779). [MP José Roberto Sáchica Méndez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Radicación 11001-03-26-000-2019-00143-00 (64827). [MP María Adriana Marín].