



**Enriquecimiento sin causa en la contratación estatal: Alcances jurídicos del hecho cumplido, la buena fe objetiva y la restitución del patrimonio**

**Yency Estefanía Berrío Builes**

**Mateo Espinal Villa**

**Juan Pablo Vásquez Castañeda**

Autores

**Ajani Akin Cuesta Davu**

Asesor

Monografía presentada para optar al título

**MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2022

**José Rodrigo Flórez Ruiz**

Rector

Universidad Autónoma Latinoamericana

**Hernán Darío Aguiar Garcés**

Decano Escuela de Posgrados

**Nataly Vargas Ossa**

Coordinador Maestría en Derecho Administrativo

**Santiago Morales Quijano**

**Juan David Montoya Penagos**

Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 26 de septiembre de 2022 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 # 14 de 2022.

## **Resumen**

El presente trabajo de investigación realiza un análisis frente a los alcances jurídicos de los presupuestos de la institución del enriquecimiento sin causa en materia administrativa, cuando el particular ejecuta obras, suministra bienes o presta servicios a una entidad pública sin la mediación de un contrato estatal en los términos de la Ley 80 de 1993. El capítulo primero expone de manera general la teoría del enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano, además, el trabajo aborda tres tópicos o categorías: buena fe, hechos cumplidos y restitución patrimonial. En el capítulo segundo se desarrolla el concepto de buena fe, sus tipologías y el alcance jurídico de la buena fe objetiva como elemento necesario en la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del Estado. En el tercer capítulo se trabaja alrededor de la categoría jurídica de hechos cumplidos, se realiza un análisis del tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal de esta figura, como supuesto necesario del enriquecimiento. Finalmente, se aborda el tópico de la restitución patrimonial y la naturaleza de esta según la jurisprudencia del Consejo de Estado y se propone una alternativa frente al tratamiento legislativo y jurisprudencial que debe dársele al alcance jurídico de la restitución del patrimonio.

### **Palabras claves**

Enriquecimiento sin causa, hecho cumplido.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>1. El enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano y su aplicación en la contratación estatal .....</b>	<b>11</b>
<i>1.1. El enriquecimiento sin causa en el derecho civil .....</i>	<i>17</i>
<i>1.2. El enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo .....</i>	<i>19</i>
1.2.1. Tesis garantista: .....	21
1.2.2. Tesis restrictiva .....	22
<b>2. La buena fe y su incidencia en el enriquecimiento sin causa en materia de contratación estatal .....</b>	<b>28</b>
2.1. <i>La buena fe subjetiva .....</i>	<i>33</i>
2.2. <i>La buena fe objetiva .....</i>	<i>36</i>
<b>3. El hecho cumplido en la contratación estatal .....</b>	<b>39</b>
3.1. <i>Realización de labores a favor del Estado sin que medie un contrato estatal .....</i>	<i>40</i>
3.2. <i>Ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato .....</i>	<i>45</i>
3.3. <i>Ejecución de prestaciones a favor del Estado cuando existe un contrato estatal, pero no se ha cumplido los requisitos de ejecución del mismo .....</i>	<i>48</i>
3.4. <i>Omisión de constitución de garantías .....</i>	<i>53</i>
3.5. <i>Inexistencia de partida presupuestal .....</i>	<i>55</i>
<b>4. La restitución patrimonial en la contratación estatal por el enriquecimiento sin causa .....</b>	<b>59</b>
4.1. <i>La tesis del Consejo de Estado: la compensación .....</i>	<i>61</i>
4.2. <i>La tesis que se propone: la reparación .....</i>	<i>63</i>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>65</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>72</b>

## **Introducción**

No podría pensarse de ninguna manera el Estado de derecho sin control y desconfianza al poder, que otrora se heredara de los revolucionarios franceses del siglo XVII, es decir, la noción de Estado de derecho y control están íntimamente relacionadas. En el caso colombiano, según la arquitectura constitucional hecha por el constituyente de 1991 existen cinco funciones derivadas de la función pública como lo son la legislativa, ejecutiva, judicial, electoral y de control, o de acuerdo a una perspectiva más teleológica o finalista, las funciones pueden agruparse en legislativa, administrativa y judicial, pues en últimas se puede subsumir la función electoral y de control dentro de la función administrativa (Giraldo, 2010), sin embargo, las funciones electoral y de control se entienden como autónomas, precisamente, para eliminar la influencia del poder ejecutivo en las decisiones de estos mismos órganos. Empero, para el caso que nos ocupa en este escrito, el estudio se aborda desde la función administrativa que se concreta en: actos administrativos, hechos, omisiones, vías de hecho, operaciones administrativas y contratos de la administración pública (Rodríguez, 2011).

Los actos administrativos se controlan a través de distintos medios como los de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral y de cartas de naturaleza o inscripción. Los hechos, omisiones, vías de hecho y operaciones administrativas se controlan generalmente por medio de la pretensión de reparación directa del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Los contratos de la Administración Pública pueden ser controlados con el instrumento procesal de las controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la misma codificación. En este medio de control cualquier parte del contrato estatal puede solicitar al juez administrativo que se declare su existencia, nulidad, revisión, incumplimiento, nulidad de los actos administrativos contractuales, indemnización de perjuicios o su liquidación judicial.

Por otra parte, la Ley 153 de 1887 y el Código de Comercio, prohíben enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, siendo esta prohibición una fuente obligacional del derecho privado desarrollado en las relaciones jurídicas entre los particulares, dando lugar a la teoría del enriquecimiento sin causa que se fundamenta en un elemental sentido de justicia que impide que se reconozca el provecho que sin justa causa incrementa el patrimonio de una persona a costa del esfuerzo de otra.

El fenómeno jurídico planteado no es ajeno a la órbita del derecho público ya que dentro de la relación jurídica contractual del Estado con el particular puede, de hecho, presentarse. Los contratos de la Administración Pública tienen una connotación *sui generis* en la teoría jurídica dado que en la confección del régimen general de contratación se prescribió como requisito de forma y perfeccionamiento, la constancia escrita del acuerdo contractual. Desde la perspectiva de la forma como requisito *ad-solemnitatem*, la Ley 80 de 1993 estableció que los contratos de las entidades estatales constarán por escrito.

Es por lo anterior que el enriquecimiento sin causa en materia de contratación estatal puede presentarse cuando las partes contratantes desconocen las solemnidades propias del contrato estatal, impuestas por normas de orden público que no pueden ser inobservadas o transadas por los particulares o por la misma Administración Pública. Tal enriquecimiento no se encuentra desarrollado dentro del marco propio del derecho administrativo, sino por vía jurisprudencial y doctrinal. El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa ha tratado de fijar mediante una sentencia de unificación (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Rad. 24897) los presupuestos para la configuración del enriquecimiento sin causa, incluyendo en la aplicación de este fenómeno elementos propios del campo de acción de la Administración Pública y del derecho administrativo, debido a sus particularidades propias y extrañas al derecho privado.

La alta corporación unificó su jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa, de tal manera que la postura adoptada apunta a que por regla general pueden darse tres

excepciones para que se configure y proceda la acción de *in rem verso* sin que medie contrato estatal alguno mediante la formalidad del escrito. La primera excepción señalada se presenta cuando la entidad pública, sin participación o culpa del particular afectado, impone la ejecución de prestaciones, el suministro de bienes o la prestación de servicios por fuera del marco de la contratación estatal; la segunda excepción, indicó la alta corporación, es constitutivo del enriquecimiento sin causa el caso en el que resulta urgente o necesario adquirir bienes, solicitar servicios o suministros y ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud. Finalmente será constitutivo de la teoría del enriquecimiento sin causa y en consecuencia procedente la acción de *in rem verso*, cuando es necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaratoria y obtiene beneficio del particular sin que medie la solemnidad del contrato escrito exigido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Rad. 24897).

La providencia, dentro de los elementos constitutivos de la teoría del enriquecimiento y de cara a la contratación estatal, señala que para la configuración de la institución debe presentarse una tipología especial de buena fe, ya que este elemento según la alta corporación, es el que debe irradiar todas las fases necesarias del contrato estatal, es decir, el antes, el durante y el después, inclusive en materias de hechos cumplidos. Ello, porque no basta que el actuar esté movido por un convencimiento o creencia de estar ajustado al orden jurídico, si no por el comportamiento que propende por el respeto de este. También aclaró el Consejo de Estado su posición frente a la buena fe objetiva argumentando que esta categoría de buena fe supone la integración de todas las etapas negociales con las normas imperativas correspondientes conforme al ordenamiento civil y comercial que señalan que los contratos han de celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo 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.

La sentencia de unificación, sin embargo, enfrenta algunos desafíos en relación con ciertos tópicos como, por ejemplo, su inclinación por la buena fe objetiva en lugar

de la subjetiva, lo cual puede resultar insuficiente de cara a las particularidades que presenta el enriquecimiento sin causa en materia administrativa. Igualmente, el Consejo de Estado señaló que para la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa necesariamente debe presentarse un hecho cumplido, sin delimitar con precisión el alcance de dicho concepto. Así mismo, la sentencia de unificación limitó la acción *in rem verso* en relación con el monto de la restitución del patrimonio del particular a costa de quien se enriquece la Administración Pública, por lo cual cabe preguntarse si la naturaleza de dicha acción es o debe ser restitutoria o reparatoria en materia contencioso administrativa.

En síntesis, la sentencia de unificación del Consejo de Estado dejó sin la determinación necesaria, categorías fundamentales para la configuración de la teoría del enriquecimiento sin causa en materia de contratación estatal respecto a los alcances jurídicos de la buena fe, los hechos cumplidos y la restitución del patrimonio cuando el Estado colombiano se enriquece sin justa causa jurídica por prestaciones ejecutadas por un particular cuando debió perfeccionarse un contrato estatal, lo cual se constituye como el objetivo central de la presente investigación.

La importancia, impacto y pertinencia del trabajo de investigación, consiste en la contribución para un desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación razonada de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa en el marco de la contratación estatal, los alcances al momento de la valoración en sede judicial y la realización de los derechos del colaborador del Estado, pero que logre también adecuarse a la norma imperativa de la formalidad exigida en el Estatuto General de Contratación Pública. La presente investigación contribuirá a que el legislador en virtud de su facultad de configuración legislativa, pueda esclarecer mediante una norma jurídica las reglas claras para la aplicación de este principio en materia de contratación estatal y también la posibilidad de una orientación jurisprudencial diferente que aborde la posibilidad de que pueda darse un verdadero tratamiento autónomo en sus efectos a la *actio in rem verso* para que, además, del reconocimiento compensatorio propio del enriquecimiento sin causa, pueda acumularse con la pretensión de reparación directa en procura del reconocimiento de

perjuicios materiales e inmateriales. En otras palabras, el resultado del trabajo permitirá obtener los insumos necesarios para un desarrollo normativo y jurisprudencial del tema, que fije reglas de juego claras, tanto para el Estado como para su colaborador y que se traducirá en seguridad jurídica a la hora de dirimir controversias en las cuales el Estado se ha enriquecido sin justa causa como producto de la actividad o prestación ejecutada por un particular.

Así las cosas, el presente trabajo describirá los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, en cuanto a los alcances jurídicos del hecho cumplido, la buena fe objetiva y la restitución del patrimonio cuando el Estado Colombiano se enriquece por prestaciones ejecutadas por un particular cuando debió perfeccionarse un contrato estatal. Lo anterior se logrará identificando y describiendo el alcance jurídico del tópico hecho cumplido cuando no existe contrato estatal, desde la norma, doctrina y jurisprudencia colombiana. También se indaga por otra forma o modalidad de manifestación del hecho cumplido ante los supuestos de ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales cuando efectivamente existe un contrato estatal escrito, pero no se ha cumplido los requisitos de ejecución del mismo. Además, se procurará identificar y describir los elementos que configuran la buena fe objetiva igualmente desde la norma, doctrina y jurisprudencia colombiana teniendo en cuenta las dos categorías de buena fe, es decir, desde el análisis de la buena fe objetiva y subjetiva. Finalmente se identificarán los elementos de la restitución de patrimonio en el enriquecimiento sin causa de la Administración Pública.

Este trabajo de investigación plantea una alternativa frente a la posibilidad de darle un tratamiento diferente a la *actio in rem verso* en materia administrativa, fundamentado en la posibilidad de concederle un alcance más amplio y profundo a esta institución para que pueda ser acumulada con la pretensión de reparación directa con el fin de que puedan abarcarse perjuicios de carácter material e inmaterial que pueden irrogarse como consecuencia de un enriquecimiento sin causa, procurando además de la compensación una reparación integral de los perjuicios causados.

Como colofón, es importante advertir que el método que se utilizará en la presente investigación será el lógico-deductivo articulado con el sistemático-jurídico, habida cuenta que se parte de la premisa del concepto de enriquecimiento sin causa como institución propia del derecho civil y como principio general del derecho y, posteriormente, lo enfocaremos en el derecho administrativo como fuente obligacional, utilizando las tres categorías de análisis enunciadas como la buena fe, el hecho cumplido y la restitución patrimonial, limitando el estudio de jurisprudencia del Consejo de Estado a los extremos temporales que se circunscriben desde el año 1992 hasta el año 2012, dado que el estudio y análisis parte de la Ley 80 de 1993 que dentro de su normativa, en especial en su artículo 39, estableció como formalidad para la existencia del contrato estatal que este sea elevado a escrito, además del discurrir de la jurisprudencia hasta el año 2012, fecha en la cual se emite la correspondiente sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado y que aborda los conceptos y categorías de la presente investigación.

Estos extremos temporales obedecen al marco temporal entre la vigencia del estatuto general de contratación que data de 1993 y que contiene la norma imperativa actual frente a solemnidad para la existencia del contrato estatal y los diferentes momentos por los cuales ha transcurrido la jurisprudencia en el estudio y decisión de los casos desde la década del 90 hasta la sentencia de unificación como elemento fundamental de análisis del presente trabajo.

## Capítulo 1

### 1. El enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano y su aplicación en la contratación estatal

Uno de los apéndices más importantes del derecho privado se concreta en el derecho de las obligaciones y este, a su vez, se fundamenta como todas las disciplinas que componen el plexo jurídico en principios generales del derecho. Las relaciones de intercambio entre los seres humanos son connaturales y se consuman en el traslado permanente de bienes entre diferentes patrimonios, lo cual se logra a través de los vínculos obligacionales entre las partes de la relación negocial; vínculos que, en muchos casos, pueden generar efectos adversos a alguno de los sujetos que intervienen en dicha relación, por ejemplo, mermando su patrimonio al punto de generarse un empobrecimiento y un correlativo incremento del patrimonio del otro sujeto que interviene en esa relación jurídica.

El enriquecimiento sin causa tuvo su origen en el Derecho Romano, específicamente en el Digesto 50.17.2061 que reproduce la regla de derecho propuesta por Pomponio, que reza en su tenor literal: “*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*”, que traducida al español significa: “por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria” o como lo sostuvo textualmente el mismo jurisconsulto: “*nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*. 12.6.14. Pomponius libro. 21 ad

---

*Sabinum*”, que traduce al castellano: “es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro” (Digesto 50.17.2061).

Por su parte, Tamayo (2005) sostiene que “hay enriquecimiento sin causa cuando una persona, disminuyendo su propio patrimonio, incrementa el de otra y la enriquece, sin que ese movimiento que se produce en los dos patrimonios encuentre justificación ni en una convención ni en una disposición legal.” El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de uno y enriquecimiento de otro, sin que ello esté justificado por una operación jurídica o por la Ley (Alessandri, 2001).

En el derecho colombiano, el enriquecimiento sin causa ha sido abordado desde dos colores del prisma: el primero de ellos entendiendo esta figura como un principio general del derecho y el segundo como fuente obligacional. Asumiéndolo desde la primera perspectiva, la institución jurídica en comento se afina en principios y algunas reglas que de manera expresa se circunscriben a casos específicos. El postulado según el cual no es lícito que una persona se enriquezca a costa de otra, sin existir causa eficiente para ello, permite que dicho predicado sea tomado en el ordenamiento jurídico colombiano como un principio general (Bohórquez, 2014).

El enriquecimiento sin causa analizado desde la óptica principialística y como fundamento axiológico del orden normativo, carece de la estructura lógica formal de la norma jurídica, ya que dicho postulado no posee una consecuencia jurídica expresa, de ahí que no pueda categorizarse dogmáticamente como norma de mandato regla en sentido estricto (Quinche Ramírez, 2018), considerando que la estructura de la norma jurídica obedece a un diseño bipartito compuesto de un supuesto fáctico y una consecuencia jurídica, de tal manera que el supuesto de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro, aparentemente carece de consecuencia jurídica formal, debido a que dicho postulado no

indica el efecto o consecuencia para quien se enriquezca sin justa causa.

En ese sentido, la doctrina ha reflexionado en cuanto a la distinción entre reglas y principios para tratar de ubicar al enriquecimiento sin causa y establecer las razones por las cuales dicha institución no se encuentra comprendida dentro de la categoría de norma de mandato, específicamente regla, sino más bien como norma de mandato tipo principio. En efecto, Robert Alexy (1993), en su Teoría de los Derechos Fundamentales, ha analizado esa distinción y refiere varios criterios que se han utilizado para establecer las diferencias entre las reglas y los principios, por ejemplo, el criterio de generalidad en virtud del cual los principios gozan de un grado de generalidad mucho más elevado que el de las reglas, o el criterio de determinabilidad de los casos de aplicación que se fundamenta sobre la distinción entre normas creadas y desarrolladas y el carácter explícito del contenido valorativo.

No obstante, el punto decisivo entre normas y principios es que estos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo anterior, los principios son mandatos de optimización por el hecho que pueden ser cumplidos en diferente grado, mientras que las reglas son normas que simplemente pueden ser cumplidas o no (Alexy, 1993). De lo anterior podría afirmarse que el enriquecimiento sin causa, desde esta óptica, es un mandato de optimización que ordena que una persona no puede enriquecerse a expensas de otro sin causa jurídica eficiente para ello; de lo contrario, el mandato exigible procurará por la respectiva compensación dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Así mismo, en la doctrina nacional el profesor Manuel F. Quinche Ramírez (2018), recogiendo la idea anterior de Alexy, concluye que estructuralmente las reglas tienen un supuesto de hecho cerrado y una conducta cerrada calificada deónticamente; es decir, constan de un hecho jurídico y de una consecuencia jurídica precisa y que además las

mismas operan mediante aplicación cuya forma dominante es el silogismo jurídico. Indica también que los principios son normas que contienen verdaderos mandatos obligatorios y exigibles aplicables a un universo muy grande de casos difíciles o complejos y en todas las especialidades del derecho.

Por otro lado, Useche Perdomo (2014) resalta la innegable relación y el estrecho vínculo que se presenta entre el principio general del derecho del enriquecimiento sin causa y los dictados morales, ya que el fin perseguido es la primacía de la justicia en tanto los desplazamientos patrimoniales carecen de causa; en tal sentido, se verifica cómo su finalidad, en últimas, se encuentra dirigida a la prevalencia de un imperativo moral.

Además, existen algunas disposiciones normativas dentro de diferentes codificaciones y que refieren la institución en comento, constituyéndose en una razón adicional para que la doctrina nacional identifique el enriquecimiento sin causa como principio general del derecho. En ese sentido, la Ley 153 de 1887 establece de manera simple que el enriquecimiento sin causa consiste en el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Esta norma y el artículo 831 del Código de Comercio, prohíben a una persona enriquecerse sin justa causa a expensas de otra, siendo este una fuente obligacional del derecho privado desarrollado en las relaciones jurídicas entre los particulares. De acuerdo con ello, la ausencia de una causa legítima abriría paso al restablecimiento del equilibrio patrimonial a favor del sujeto empobrecido contra el enriquecido dentro de la órbita del derecho mercantil.

Desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa como fuente obligacional, se ha entendido como una obligación jurídica la cual consiste en un vínculo entre un sujeto denominado acreedor y otro denominado deudor en virtud del cual el primero puede exigir al segundo el cumplimiento de una prestación consistente en dar, hacer o no hacer por haberse enriquecido a expensas de otro ya que las obligaciones nacen, sea de un contrato,

de un cuasicontrato, de un delito o bien de un cuasidelito (Código Civil Colombiano, 1873, Art. 1494). Es así como un sector de la doctrina considera que el campo de aplicación del enriquecimiento sin causa se encuentra relacionado con los denominados cuasicontratos; en particular, dentro de ese sector doctrinal podemos encontrar a Carlos Alberto Bohórquez Yepes (2014), quien, citando a Díez Picazo, Planiol y Collin, aborda el enriquecimiento sin causa como una institución muy próxima a la categoría de los cuasicontratos al lado del resarcimiento de daños por actos culposos o por actos ilícitos.

Debe mencionarse también que Díez Picazo (2011), citando a Manuel Albadejo, afirma que el enriquecimiento sin causa se podría ubicar en la categoría de los cuasicontratos por sus antecedentes históricos en el Derecho Romano de Justiniano (Barrera, 2010), postura que guarda similitud a los planteamientos de Garrido Falla (2013), según el cual la gestión de negocios ajenos se enmarca en muchos aspectos con las pretensiones del enriquecimiento injusto.

Por otra parte, el jurista argentino Marcelo López Mesa (2009) establece como presupuestos para la operatividad del enriquecimiento sin causa, los siguientes:

- 1) Que se produzca el enriquecimiento de alguien.
- 2) Que haya empobrecimiento correlativo de otro.
- 3) Que haya relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento; es decir que exista “correlación” entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.
- 4) Que se compruebe una falta de causa lícita que genere o legitime el enriquecimiento.
- 5) Ausencia de interés personal en el empobrecido.
- 6) Que quien acciona por enriquecimiento sin causa de su contradictor no haya actuado con dolo, culpa o negligencia.
- 7) Que no exista otra herramienta jurídica para abordar el problema, pues la teoría del enriquecimiento sin causa constituye una herramienta subsidiaria.
- 8) La inexistencia de un precepto legal que

excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

El tratadista Wilson Ruiz Orejuela (2013) refiere que la llamada *actio in rem verso* procede cuando estamos en frente de los siguientes requisitos: “a) Un enriquecimiento de la parte beneficiada; b) Un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; c) Una relación de causalidad; d) Una ausencia de causa jurídica; y e) Subsidiariedad de la *actio in rem verso*”; mientras que el ecuatoriano Hugo Aguiar (2010) después de realizar un minucioso análisis de derecho comparado, termina por establecer que en total son ocho los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa a saber:

1) Enriquecimiento, 2) Empobrecimiento, 3) Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, es decir, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento; 4) Falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado, 5) Ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) Ausencia de interés personal del empobrecido; 7) Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la Ley.

De otro lado, debe resaltarse que el enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* son dos instituciones diferentes pero relacionadas entre sí, a pesar de que *prima facie* puedan confundirse como si la una fuera más de contenido sustancial y la segunda como un mecanismo procesal. Realmente la distinción radica fundamentalmente en que “el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la *actio in rem verso* es la figura a través de la cual se maneja la pretensión”, permitiéndole al empobrecido reclamar “los efectos de la vulneración de dicho principio general” (Consejo de Estado, Sección tercera, 2009, rad. 35026). Es importante señalar desde ahora que, según la jurisprudencia del Consejo de

Estado, el mecanismo de la *actio in rem verso* se materializa a través del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011.

Tratándose de figuras jurídicas que dependen la una de la otra, se concluye que en estricto sentido el enriquecimiento sin causa hace alusión a una fuente de las obligaciones y a un principio del derecho, de los cuales se predica que nadie puede enriquecerse de manera injustificada en detrimento de otro, mientras que la *actio in rem verso* se refiere al remedio o garantía procesal prevista en el ordenamiento jurídico a favor del empobrecido para obtener o pretender la compensación del monto empobrecido.

### **1.1. El enriquecimiento sin causa en el derecho civil**

La institución del enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano se remonta al principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, tal como lo expresa la doctrina considerándolo como una respuesta inicial a la falta de consagración en el Código Civil de una acción general *in rem verso* y por tanto, los juristas decimonónicos la fundaban en el principio de equidad conforme al cual no es justo ni equitativo que alguien se enriquezca a expensas de otro (Barrientos, 2000).

Los elementos que constituyen el enriquecimiento sin causa como lo describe la sentencia del 19 de noviembre de 1936 de la Corte Suprema de Justicia son:

1. Que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial.
2. Que haya un empobrecimiento correlativo.

3. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. Jurídicamente no puede considerarse injusto el enriquecimiento que tenga causa. Efectivamente, no es admisible entender como enriquecido quien de manera pasiva recibe en su peculio algún pago que simultáneamente cancela un crédito, dado que en ese evento estaríamos hablando simplemente del pago o solución efectiva como causal de extinción de la obligación, de conformidad con lo establecido con el artículo 1.625 del Código Civil.

4. Para que sea legitimado en la causa a través de la *actio in rem verso*, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien carezca de cualquier otra acción, originada por un contrato, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial XLIV, 1936).

En relación con el primer elemento, el enriquecimiento puede ser positivo o negativo. La tesis del enriquecimiento positivo radica en que se dé el acrecimiento de un patrimonio sin la prestación correspondiente, tal como es el caso del pago de lo no debido. En la hipótesis del enriquecimiento negativo, este se presenta cuando el patrimonio que debió disminuirse con ocasión a las prestaciones mutuas de la relación negocial, no se reduce a expensas de otro. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1936).

Se ha discutido tradicionalmente si el enriquecimiento debe tener un carácter pecuniario debido a la naturaleza de dicha institución, el cual se fundamenta en un traslado patrimonial injustificado, lo que conlleva necesariamente a que el contenido de la restitución sea de carácter pecuniario. Aunque no ha existido unidad de criterio en la doctrina, se ha conservado la naturaleza pecuniaria de esta, so pretexto de que, si la *actio in rem verso* se fundamenta teleológicamente en la restitución al empobrecido, esta restitución debe ser

pecuniaria, puesto que lo extrapatrimonial no es restituible.

En el derecho civil el enriquecimiento puede ser directo o indirecto, en consecuencia, el traslado patrimonial del empobrecido al del enriquecido que origina el enriquecimiento de este, puede obedecer a un traslado de uno a otro de manera directa y se le denomina enriquecimiento directo o puede suceder por la intervención de un tercer patrimonio denominado indirecto (Bohórquez Yepes, 2014).

Si partimos de la base de que el enriquecimiento es un elemento estructural del enriquecimiento sin causa, tendrá que existir su otra manifestación, es decir, el empobrecimiento. De ello se desprende que el enriquecimiento sin causa como fuente obligacional tiene como objeto que el enriquecido restituya su enriquecimiento injustificado, de lo cual se deriva entonces una correlatividad entre ambos elementos constituyéndose para el empobrecido en una merma patrimonial o negativa que no debe asimilarse a un daño; si bien el empobrecimiento y el daño son determinantes en una merma patrimonial, el daño *per sé* implica la atribución de responsabilidad que conlleva inclusive a la reparación del daño moral, mientras que el empobrecimiento es un traslado injustificado jurídicamente al patrimonio del enriquecido sin que implique necesariamente la responsabilidad del mismo.

Se colige entonces que un empobrecimiento con causa en realidad no es empobrecimiento dentro del contexto de la teoría del enriquecimiento sin causa, porque estaremos hablando entonces de la cancelación de un pasivo de modo que los patrimonios permanecen incólumes. Si no existiera la correlatividad de la que se ha hablado, el enriquecimiento y el empobrecimiento serían independientes entre sí y la consecuencia que se derivaría de ello, es que por ningún motivo se configuraría la institución en comento.

## **1.2. El enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo**

Desde la óptica del derecho administrativo colombiano, la *actio in rem verso* no se ha contemplado como un instrumento judicial autónomo de las pretensiones contenciosas reguladas en las diferentes codificaciones contencioso administrativas. La doctora Mónica Liliana Ibagón Ibagón (2013) señala que si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para encauzarla, puede concluirse entonces que en materia procesal administrativa a la petición de enriquecimiento sin causa le corresponde el medio de control relativo a la reparación directa.

En el derecho contencioso administrativo colombiano la teoría del enriquecimiento sin causa está íntimamente relacionada con las reclamaciones judiciales de quienes ejecutan prestaciones sin que medie relación comercial elevada a escrito entre la entidad pública y el particular. Situación distinta se contempla cuando media un contrato estatal escrito que, ante la existencia de un incumplimiento, se acude al medio de control de controversias contractuales.

Cuando el particular ejecuta prestaciones para favorecer intereses públicos sin que medie la formalidad escrita del contrato exigida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se abre paso a la acción por enriquecimiento sin causa a favor del particular y en desfavor de la Administración Pública, con el fin de compensar el patrimonio de aquel que se ha visto disminuido por la ausencia de pago de las prestaciones por parte de la entidad debido a que no se ha dado la formalidad para que el contrato estatal nazca a la vida jurídica.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido dubitativa al integrar al sistema jurídico el enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*, pues se evidencian diferentes posturas referentes al análisis del enriquecimiento sin causa cuando el particular ejecuta

obras, suministra bienes o presta servicios a la entidad estatal sin que medie la formalidad escrita del contrato estatal, a saber:

### **1.2.1. Tesis garantista:**

Desde comienzos de la década de los noventa, la jurisprudencia del Consejo de Estado optó por plantear una posición en la que el particular afectado obtenga un restablecimiento económico si se dan los presupuestos de la *actio in rem verso* dentro del marco de la contratación estatal, lo cual fue una posición bastante flexible en la que, si bien es cierto se exigió el cumplimiento de los presupuestos mínimos de la teoría del enriquecimiento sin causa, *prima facie* podría concluirse un desconocimiento al carácter imperativo de las normas jurídicas aplicables a la contratación estatal, en especial a la regla prevista en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 que ordena que los contratos que celebren las entidades estatales deberán constar por escrito

En aquel entonces, la posición jurisprudencial fue enfática en señalar que en caso de no celebrarse un contrato estatal escrito debiendo hacerse, y pese a ello se ejecuta una prestación a favor de una entidad pública, el asunto implicaba manejarse bajo la óptica del enriquecimiento sin causa, sin desconocer el mecanismo procesal propio de las controversias contractuales (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1990, rad. 5579). Allí, la alta corporación le atribuyó el deber del conocimiento de la ley contractual a la entidad estatal basándose en el principio denominado confianza legítima.

En ese sentido, la posición jurisprudencial determinó que es posible que los particulares afectados demanden la responsabilidad del Estado, con el objetivo de recomponer la situación jurídica de merma y aumento correlativo de los patrimonios de los sujetos que intervinieron en la relación jurídica en la que se ejecutó una prestación sin que medie el contrato estatal formal como lo exige el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese orden de ideas, sostuvo que el particular debe someterse a

unos preceptos legales obligatorios señalados por la entidad estatal contratante, y es esta quien debe velar por que se cumplan todos los preceptos dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1991, rad.5876).

Esta tesis garantista se basó en el principio de la buena fe contemplado en el art. 83 de la Constitución Nacional y en el principio de confianza legítima que debe gobernar las relaciones negociales entre el estado y los particulares. Lo anterior, dado que la confianza que debe irradiar cualquier relación jurídica debe ceñirse al principio de buena fe de raigambre constitucional en el artículo 83 superior, pues atribuir las cargas propias de la contratación pública al particular es un reproche o disvalor que debe hacerse a la administración, sin que implique tampoco que el particular sea ajeno a la órbita legal dentro del marco general de contratación, solo que existen algunos eventos en los que aquel, amén de su buena fe, actúa motivado por una conducta previa de la administración que lo dirige a realizar una obra o prestar algún servicio a su favor (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1995, rad.8118).

### **1.2.2. Tesis restrictiva**

Desde el año 2006, mediante sentencia 25.662 del 30 de marzo del mismo año, el alto Tribunal de lo contencioso administrativo señaló que las normas que gobiernan los procesos contractuales son de estricto cumplimiento debido a su carácter de normas imperativas que teleológicamente buscan proteger el orden público, motivo por el cual es necesario aplicar la presunción general de que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad, cobrando fuerza este precepto en el sentido de que las leyes que imperan el negocio jurídico deben ser conocidas por todos y publicadas por la entidad.

En virtud de este nuevo enfoque, el Consejo de Estado señaló que cuando la causa del empobrecimiento lo constituya el desconocimiento de las normas, lo correcto es afirmar

que tal empobrecimiento se originó en la falta de cumplimiento de los requisitos legales; en consecuencia, el desconocimiento de dichos requisitos no podría ser patente de curso para una declaratoria de condena al estado cuando el particular ejecuta prestaciones en su favor con inobservancia del ordenamiento jurídico, sobre todo cuando se realiza con conocimiento de dicha violación (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007, Rad. 15549).

También sostuvo la alta corporación judicial respecto al particular que ejecuta una prestación con desconocimiento del ordenamiento jurídico y las formalidades propias del contrato estatal, que el empobrecimiento no puede haber sido provocado por el mismo empobrecido, debido a que en esa eventualidad no estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008, Rad. 15116).

Finalmente, recordó el Consejo de Estado que la teoría del enriquecimiento sin causa no aplica cuando la causa del empobrecimiento resida en el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, en cuyo caso le corresponde soportar las consecuencias de sus propios actos en aplicación del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa, teniendo en cuenta el deber de conocimiento de la norma y el de ajustar su conducta a dichas prescripciones (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007, rad. 15469).

### **1.2.3. Tesis actual**

Debido a que los pronunciamientos del Consejo de Estado no eran pacíficos, la corporación unificó su jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa, por lo tanto, la postura adoptada actualmente apunta a que solo en virtud de tres excepciones se configure y proceda la acción de *in rem verso* sin que medie la solemnidad escrita del contrato estatal conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

La primera excepción señalada es cuando la entidad pública, sin participación o culpa del particular afectado, impone en virtud de su autoridad o imperio, la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes y servicios por fuera del marco de la contratación estatal. La segunda excepción, indicó la alta corporación, es constitutivo del enriquecimiento sin causa, el caso en el que resulta urgente o necesario adquirir bienes, solicitar servicios o suministros y ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud. Finalmente, será constitutivo de la teoría del enriquecimiento sin causa y en consecuencia procedente la acción de *in rem verso*, cuando es necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaratoria y obtiene beneficio del particular sin que medie la solemnidad del contrato escrito en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012, Rad. 24897).

Dicha sentencia de unificación contó con algunos salvamentos de voto, en especial, el del doctor Enrique Gil Botero, quien no compartió algunas de las tesis adoptadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado bajo el entendido que en cada situación fáctica concreta deberá ser el juez contencioso administrativo quien determine la posición en la que se encuentra el particular respecto de la Administración Pública, así en principio se haya desconocido la formalidad propia del contrato estatal, para que a través del criterio de ponderación resuelva si aquel merece efectivamente la declaratoria de enriquecimiento sin causa y la compensación a que haya lugar.

Otro argumento importante del salvamento de voto aludido consiste en señalar que la providencia en cita restringe innecesariamente los supuestos fácticos que pueden darse en la infinidad casuística, lo que de contera genera una carga para la corporación de identificar y nominar todos los demás casos que eventualmente podrían admitir el ejercicio de la *actio in rem verso* porque tratar de reducirla a los tres supuestos básicos y otros no declarados, hará casi imposible el consenso en la apreciación del caso. Por otro lado, deja claridad el salvamento de voto frente al problema semántico de las tres excepciones, porque se

construyeron a partir de conceptos vagos e indeterminados necesitados de concreción, por ejemplo, los términos de urgencia, necesidad, manifiesta, sin culpa, entre otros.

De todo lo anterior puede deducirse a modo de conclusión de este capítulo que en el derecho colombiano el enriquecimiento sin causa se ha entendido como principio general del derecho y además como una fuente obligacional. Como principio, en el sentido de que no es lícito que una persona se enriquezca a costa de otra sin existir causa jurídica para ello. Como fuente obligacional, la doctrina considera que el campo de aplicación del enriquecimiento sin causa se encuentra ligado o se integra a los denominados cuasicontratos, el cual, como fuente de las obligaciones, requiere: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, y iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del Código Civil.

El enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* son dos figuras diferentes pero interdependientes, no obstante, la diferencia estriba fundamentalmente en que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón jurídica justificada; mientras que la *actio in rem verso* es la figura a través de la cual se encauza la pretensión para solicitar al juez competente que decrete en la sentencia la compensación patrimonial respectiva.

Desde la óptica del derecho administrativo colombiano, la *actio in rem verso* no se ha contemplado como un instrumento judicial autónomo de las pretensiones contenciosas reguladas en las diferentes codificaciones contencioso administrativas y todavía depende del medio de control de reparación directa como instrumento para acceder en sede judicial a la declaratoria de enriquecimiento sin causa, con los problemas que eso conlleva en cuanto a la naturaleza indemnizatoria de ese medio de control, en contraposición a la naturaleza compensatoria del enriquecimiento sin causa, muchas veces desconociendo el criterio de

justicia como fin esencial del derecho dado que la compensación no abarca la reparación integral de perjuicios materiales e inmateriales que pueden presentarse como consecuencia del enriquecimiento sin causa a favor de la entidad, tema que se desarrollará en los capítulos posteriores.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha asumido diferentes posiciones en orden a integrar al sistema jurídico la *actio in rem verso*, que evidencian marcadas tendencias que permiten agrupar los distintos modos de interpretar el enriquecimiento sin causa. Actualmente apunta a que solo en virtud de las tres excepciones señaladas se configure y proceda la acción de *in rem verso* sin que medie la solemnidad escrita del contrato estatal. Dicha postura soluciona parcialmente el problema y si bien es cierto hace eco a la norma imperativa que prevé la solemnidad escrita del contrato, puede dejar de lado criterios de justicia y equidad dentro de muchos litigios constitutivos de enriquecimiento sin causa y que no puedan enmarcarse taxativamente en las tres excepciones fijadas por el Consejo de Estado, lo que desconoce las garantías del colaborador del Estado que, obrando de buena fe, ayuda a superar las vicisitudes propias de la Administración Pública y colateralmente coadyuva con la consecución de los fines estatales.

Para efectos de esta investigación es importante resaltar el gran alcance jurídico con que cuenta la causal consistente en la urgencia o necesidad de adquirir bienes, solicitar servicios o suministros y ejecutar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud, ya que por conexidad este derecho es indisoluble del derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana, lo que abre un abanico casi infinito de posibilidades que escapan a la literalidad de la excepción fijada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde eventualmente podrían darse los presupuestos del enriquecimiento sin causa y sacrificar la pretensión del particular en detrimento de la justicia y equidad como fundamento esencial del orden jurídico.

Una vez analizada la institución del enriquecimiento sin causa y su tratamiento en el derecho administrativo colombiano, debe advertirse que para su reconocimiento en sede contenciosa administrativa, la jurisprudencia ha indicado que el particular que ejecuta la prestación sin que medie contrato estatal debe estar movido por la buena fe como principio que gobierna las relaciones entre el Estado y los particulares, de tal suerte que se hace necesario abordar las clases de buena fe e identificar el alcance y los elementos que la configuran conforme se expone en el capítulo siguiente.

## Capítulo 2

### 2. La buena fe y su incidencia en el enriquecimiento sin causa en materia de contratación estatal

Conforme se indicó en el capítulo anterior, la posición trazada por el Consejo de Estado en materia de enriquecimiento sin causa discurrió en sus inicios a través de una tesis garantista, en la cual determinó que es posible que los particulares afectados demanden la responsabilidad del Estado, con el objetivo de recomponer la situación jurídica de merma y aumento correlativo de los patrimonios de los sujetos que intervinieron en la relación comercial en la que se ejecutó una prestación sin que mediara el contrato estatal formal como lo exige el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dicha postura descansa sobre el análisis de la buena fe y la confianza legítima, pues para la procedencia de la declaratoria del enriquecimiento sin causa se requiere necesariamente la existencia de la *bona fides* en cabeza del particular. Igualmente, en el análisis sobre la configuración de la institución del enriquecimiento sin causa constituye un requisito *sine qua non* el estudio de las diferentes tipologías de la buena fe para establecer si es subjetiva u objetiva exenta de culpa, de acuerdo con la postura del Consejo de Estado que tiene fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política que contempla la buena fe y la confianza legítima como principios que deben gobernar las relaciones entre el Estado y los particulares.

Es por lo anterior que la existencia de la buena fe es un requisito necesario para que pueda salir adelante la pretensión del particular que ha visto mermado su patrimonio sin justa causa cuando prestó servicios, ejecutó obras o realizó suministros a favor de entidades públicas sin que mediara la formalidad escrita del contrato, de tal manera que se hace imperativo abordar la confianza legítima y las clases de buena fe e identificar los

elementos y alcances de la buena fe subjetiva y objetiva desde las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia colombiana, de tal suerte que pueda establecerse cuál de las dos es la que se requiere para la declaratoria del enriquecimiento sin causa cuando el Estado se enriquece en los términos antedichos.

Desde la óptica de la Constitución Política de 1991, la confianza legítima es un reflejo de la buena fe de las actuaciones de las autoridades administrativas encargadas de aplicar las normas que deban direccionar su actividad hacia un orden social y justo. El término confianza podría entenderse como la seguridad que se le transmite a una persona o a una colectividad por parte de terceros quienes con ciertos comportamientos o actuaciones infunden el convencimiento de la adquisición de beneficios o prerrogativas a futuro, respecto a una determinada situación (Cornu, 1991).

En el derecho, la confianza legítima no es otra cosa que la seguridad jurídica generada por hechos y/o conductas de la administración, ajustadas a las normas y disposiciones legales fijadas en un determinado Estado. Para poder predicar el carácter legítimo de la confianza, es indispensable que el administrado haya obrado de manera honesta, diligente, cuidadosa y prudente, esto es, que su conducta haya estado inspirada en la buena fe exenta de culpa debido a que algunos ciudadanos se resguardan en el marco de la buena fe para exigir protección del Estado bajo la apariencia de que están actuando legalmente, muchas veces dentro del contexto de esta investigación, con intenciones subrepticias de ejecutar obras, suministrar bienes o prestar servicios con la finalidad de desconocer la formalidad propia del contrato estatal ordenado a través de una norma imperativa como lo es el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que establece que el acuerdo entre el precio y la contraprestación debe ser elevado a escrito, lo que lleva como consecuencia la omisión del procedimiento propio de selección y el desconocimiento de principios estructurales del estatuto contractual como lo es el de transparencia, responsabilidad y pluralidad de oferentes

Opera por tanto la confianza legítima, en los casos en que el particular debe ser

protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En consecuencia, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente quebrantando las garantías y expectativas generadas en el particular (Corte Constitucional, sentencia T-084 de 2015).

La jurisprudencia constitucional colombiana respecto a la confianza legítima ha indicado que se trata de una garantía constitutiva del debido proceso ya que cuando se adelanta un procedimiento administrativo y se desconocen las reglas que lo regulan, se presenta una violación a aquel, pues dicha confianza implica la garantía de que las decisiones administrativas respetarán el marco legal, así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe (Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2002).

Son tres presupuestos que subyacen a la legítima confianza. Por un lado, la necesidad de preservación del interés público, seguidamente la desestabilización real, evidente y palmaria de la relación entre la Administración Pública y los ciudadanos y finalmente la inexorable necesidad de establecer acciones transitorias que armonicen la situación que se presenta con la nueva realidad. En mérito de ello, la buena fe de raigambre constitucional exige tanto a los poderes constituidos como a los administrados coherencia en sus actuaciones y el respeto de las obligaciones adquiridas en virtud de una relación jurídica esperando el cumplimiento recíproco de su contraparte de tal manera que la Administración Pública queda impedida para ejercer sus prerrogativas desconociendo la confianza de quienes tienen vínculos con ella (Corte Constitucional, sentencia T-364 de 1999).

En materia contenciosa administrativa también se ha desarrollado la confianza legítima partiendo de la base de que para su aplicación, las expectativas generadas por la

administración sean en la mayor medida posible razonables, fundadas y que tengan la entidad suficiente para determinar al administrado en la toma de decisiones o actuar de determinada manera bajo la órbita de la confianza generada por la misma entidad estatal y posteriormente resulte defraudada sorpresivamente por parte de dicha autoridad sustrayéndose del cumplimiento de lealtad con el que deben actuar las partes dentro de la relación de la Administración Pública con los particulares (Consejo de Estado, Sección Primera, 2012, Rad. 25000-23-15-000-2011-00213-01).

El Consejo de Estado abordó los presupuestos para que pueda darse la confianza legítima indicando que se requiere de la existencia de una decisión administrativa o de una conducta o comportamiento concreto de la administración; además de la contradicción o diferencia de ella con decisiones anteriores, a las cuales se les ha dado soluciones diferentes, y que pueden servir como patrón para la comparación; también la existencia de supuestos de hecho y/o jurídicos similares entre la decisión o actuación previa y la nueva. Finalmente señaló la alta corporación la necesidad de que tanto las decisiones o actuaciones administrativas anteriores y la que se juzga sean de contenido individual. Consecuencialmente, cuando se evidencian estos supuestos, surge la posibilidad de someter a juicio una situación concreta bajo el espectro del principio de la confianza legítima. Sin embargo, no se agota allí, ya que es importante verificar adicionalmente que la confianza del ciudadano efectivamente sea legítima, de tal manera que debe fundarse en un comportamiento o actos de la administración que generen esa convicción, y por eso que sea carente de dolo, negligencia o descuido del administrado en la formación de una decisión favorable (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 2011, Rad. 11001-03-15-000-2010-01055-00).

Desde el punto de vista doctrinario se ha indagado sobre las relaciones existentes entre confianza legítima y buena fe arribando a la conclusión de que la buena fe es un componente fundamental de la doctrina de la confianza legítima e incluso en algunos supuestos puede desplazarla. Realmente la confianza legítima es una derivación de un valor como lo es la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular

frente a la actuación de los poderes públicos y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de este como componente obligatorio. La relación de estas figuras es muy intensa, a punto tal que sin buena fe la confianza no puede ser legítima (Ivanega, 2020).

También la doctrina ha señalado que el concepto de confianza legítima se refiere a la situación de un sujeto consciente de una expectativa razonada o justificada de lograr de otro sujeto una prestación o una abstención favorable a sus intereses, que se deriva de la actuación del segundo, de tal manera que se genere esa expectativa (Rondón, 1998).

De lo anterior se concluye entonces que confianza legítima y buena fe son instituciones inescindibles y con una estrecha relación de dependencia, por lo tanto, el particular que ejecute obras, suministre bienes o preste servicios a la Administración Pública sin que medie contrato estatal y pretenda el reconocimiento y declaratoria del enriquecimiento sin causa, deberá actuar necesariamente movido por la buena fe, lo que permitirá la protección de la confianza legítima cuando su patrimonio se ha visto mermado en esa relación comercial sin justa causa jurídica para ello, debido a la inexistencia de la forma propia del contrato estatal escrito.

Por otra parte, la buena fe no es un elemento de creación jurídica, por el contrario, es un elemento de la vida en relación al que dentro del campo jurídico, el legislador le ha dado ciertos alcances. Este principio fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución Política de 1991, en su artículo 86, otorgándole un alcance objetivo, al indicar que tanto las personas como las entidades públicas en su actuar deben circunscribirse a los postulados de la buena fe, es decir, su actuar debe estar regido por actos leales, carentes de cualquier intención dolosa o culposa, razón por la cual, la buena fe está enmarcada dentro de una presunción constitucional (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Providencia de 17 de abril de 1996).

La buena fe, además de ser un principio general de consagración constitucional, se erige como elemento dignificador y justificador de la vida humana, que irradia todo tipo de actuaciones entre los sujetos de una relación social, pero especialmente de una relación jurídica; en ese ámbito, el actuar cobijado por este principio que, incluso podría catalogarse como derecho natural, exige un actuar con transparencia, fidelidad, confianza y lealtad, en todo caso, dignificando la existencia humana en las relaciones con sus similares (Monsalve, 2008). En este orden de ideas, sin la existencia de dicho principio, la motivación del ser humano sería una motivación completamente egoísta, abusiva, malintencionada, en la cual los sujetos de la relación negocial actuarían única y exclusivamente en aras de su provecho particular en detrimento del otro contratante. Además, la buena fe se manifiesta a través de dos perspectivas, a saber, una activa que impone a los contratantes el deber jurídico de obrar con lealtad y transparencia dentro de la relación negocial y una pasiva que implica esperar el mismo comportamiento de nuestro semejante (Neme Villarreal, 2009).

## **2.1. La buena fe subjetiva**

La doctrina y la jurisprudencia han abordado la naturaleza y alcance de la buena fe y de la buena fe subjetiva como especie de ese principio general del derecho. La buena fe o *bona fides* hace referencia a una condición particular de la persona consistente en un estado mental o psicológico de honradez, de convicción o comprensión en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, por lo cual se le debe cuestionar si cometió una acción u omitió hacerla por error o por ignorancia, es decir, la buena fe subjetiva se predica alrededor de un sujeto. La doctora Marta Lucía Neme en su trabajo “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, expresa:

(...) a nuestro juicio la buena fe subjetiva excluye el dolo y la culpa grave, pues en el primer caso mal podría persona alguna argumentar que

tiene la convicción de obrar de buena fe si ha tenido la intención de dañar derecho ajeno y por ende es consciente de haber cometido fraude, de haber obrado utilizando medios ilegítimos o viciados, pues en este caso no sólo no estará en los supuestos de la buena fe subjetiva, sino que además estará quebrantando las exigencias de la buena fe objetiva y aquí sí se estará confrontando la efectiva conducta del agente con las reglas objetivas que emanan del principio y en el caso de la culpa grave porque si bien en este tipo de culpa se excluye la intención, su gravedad la equipara al dolo (Neme Villarreal, 2009).

Lo anterior permite concluir que la buena fe subjetiva excluye la culpa grave y el dolo, ya que no puede endilgarse mala fe cuando la intención del actor jurídico no ha sido lesionar un derecho ajeno; así se ha distinguido entre el panorama psicológico manifestado como la creencia o ignorancia del sujeto y la concepción ética, según la cual el error del sujeto solo será justificatorio en el sentido de que su comportamiento no sea reprochable, en otras palabras, tal situación solo será excusable cuando el sujeto actúa con una diligencia media y no hubiera podido prever o superar la malversación de la realidad.

Desde otro enfoque, la buena fe subjetiva, puede observarse desde dos variantes, a saber, la buena fe simple y la buena fe calificada (Neme Villarreal, 2009).

De acuerdo con lo anterior, la buena fe simple, en los términos del artículo 768 del Código Civil de 1873, establece que la buena fe en el contexto del derecho de dominio consiste en “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”. De acuerdo con lo anterior, la buena fe exige que el sujeto que pretenda los beneficios que genera la buena fe subjetiva, no haya actuado con desconocimiento de las normas, ya que el convencimiento de actuar de buena fe debe corresponder a un convencimiento legítimo y no a un convencimiento con negligencia del afectado de desconocer las normas de derecho. Así, la buena fe simple exige la conciencia de obrar por medios legítimos exentos de fraude, mientras que la buena fe cualificada o

exenta de culpa está compuesta por dos elementos: primero, el subjetivo para referirse a la conciencia de obrar con lealtad y, segundo, el objetivo, en virtud del cual no basta la simple actuación leal, por demás, para su configuración pues no solo se exige la lealtad al obrar pulcramente, sino que también se requiere de la ejecución de unos actos de diligencia medios y las averiguaciones pertinentes que permitan concluir que se está obrando conforme a la Ley y que realmente existe el derecho que se trata (Neme Villarreal, 2009).

La buena fe subjetiva calificada, exenta de culpa o creadora de derecho exige, además de la conciencia de lealtad, como se indicó en líneas precedentes, un aspecto objetivo que tiene como presupuesto la ausencia de culpa de quien la alega, derivándose la exigencia de un comportamiento prudente y diligente frente al respeto a las normas de derecho, pero que tampoco podría asimilarse a las características de la buena fe objetiva (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 1996, Rad. 811), puesto que si la buena fe calificada exige las verificaciones de rigor, se realiza en beneficio propio por parte de quien la alega, es decir, exige la reafirmación del propio convencimiento logrando generar certeza que le permita salvaguardarse en el reconocimiento de un derecho que, pese a no existir realmente, podría tener una apariencia de certeza y dicho error en que se incurre podría predicarse de cualquier persona en dichas circunstancias. (De Los Mozos, 1965)

A título de ejemplos relacionados con la buena fe subjetiva tenemos los siguientes apartes normativos: el artículo 1324 del Código Civil colombiano de 1873 en el cual se exonera de responsabilidad a quien haya ocupado una herencia de buena fe, el artículo 1633 *ibídem* le otorga validez al pago de una cosa fungible que el acreedor ha consumido de buena fe; el artículo 1634 señala que el pago hecho de buena fe a la persona que estaba en posesión del crédito es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. Para verificar la existencia de la buena fe subjetiva debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 9 del Código Civil citado, según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, en el sentido de que no podrá beneficiarse un sujeto que haya actuado con desconocimiento de las normas, ya que el convencimiento de actuar de buena fe debe corresponder con un convencimiento legítimo.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia señaló respecto de la buena fe que ella es bifronte en tanto que se desdobra en la subjetiva, como creencia o confianza, sin perder por ello su carácter unitario frente a la ley; pero que “al mismo tiempo es bipolar en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo único, respecto a una sola de ellas” (Corte Suprema de Justicia, 2001, radicado 6146). La anterior precisión es importante, por cuanto si bien es cierto existe esa división, también lo es que la buena fe no pierde su unicidad y ambas concepciones, tanto objetiva como subjetiva, se pueden armonizar, ya que se trata de una exigencia que recae sobre la voluntad del individuo y que confiere efectos jurídicos determinados.

## **2.2. La buena fe objetiva**

Contrario a la buena fe subjetiva como estado psicológico de convencimiento o creencia de estar actuando de acuerdo con las previsiones de la norma jurídica, el concepto de buena fe objetiva exige, amén de la confianza, un acertado comportamiento ajustado al orden jurídico y el actuar con honradez y lealtad; en ese sentido, no se hace referencia entonces a una percepción íntima que deba ser extraída de la conciencia del sujeto. Esta categoría de buena fe objetiva parte de la base de que la conducta sea ajustada o acorde al plexo jurídico (Soto Coaguila, 2003). La buena fe objetiva permite integrar el ordenamiento y también coadyuva a la interpretación de la voluntad de las partes, *verbi gracia*, el Código Civil Colombiano de 1873 en su artículo 1609, contempla que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Ahora bien, la buena fe objetiva debe ser aquella necesaria y obligatoria al momento de justificar la procedencia de la *actio in rem verso*, por la poderosa razón de considerar que el convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho resulta impropio en materia de las diferentes fases negociales. Así lo destacó la Sentencia de unificación del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, donde se indicó que, aunque los contratos deban celebrarse y ejecutarse de buena fe, dichos acuerdos obligan no solo a lo pactado

sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos. La buena fe objetiva se funda, además de las normas positivizadas, en los principios y valores que se desprenden del ordenamiento jurídico, ya que a través de ellos se persiguen los fines del Estado. En esa medida, las entidades estatales en el desarrollo de sus negocios dependen de las solemnidades que la ley exige para su formalización. Sobre el particular de la buena fe objetiva, Arturo Solarte Rodríguez (2004) afirma que se trata de un concepto técnico jurídico que se refiere a un parámetro de comportamiento y un deber de conducta que debe observarse en las relaciones jurídicas y que se define como el actuar correcto y leal.

La distinción entre las tipologías de buena fe no es un asunto de poca monta a la hora de analizar el enriquecimiento sin causa cuando el particular ejecutó prestaciones a favor del Estado sin que medie el contrato estatal. Por supuesto, dicha cuestión tuvo su discusión en la Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 donde la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, a través del salvamento de voto, se aparta de la decisión tomada por el alto tribunal debido a que no es pacífica la distinción de la buena fe objetiva y subjetiva en el actuar de una persona, pues siempre hay un resquicio de subjetividad imposible de descartar, ya que en las relaciones jurídicas se puede observar una buena fe subjetiva al realizarse las cosas convencido de hacerlo de forma leal y honradamente, también de hacerlo respetando la legalidad y según su criterio, lo que hace la sentencia de unificación es establecer una presunción de mala fe.

Así las cosas, en el contexto de esta investigación para efectos del enriquecimiento sin causa y respecto al tipo de buena fe que se exige por la jurisprudencia en las tres causales señaladas en la sentencia, se concluye la necesidad de la buena fe objetiva, supuesto que correlativamente genera una legítima confianza en el particular de cara a la actuación de la administración, partiendo de la base que esta ajustará su conducta a las normas de derecho y que no habrá una variación intempestiva en sus decisiones. Por lo tanto, para que se configure la institución del enriquecimiento sin causa en materia administrativa cuando el particular ejecuta hechos cumplidos a favor de la administración sin que medie la solemnidad escrita del contrato, es indispensable esta tipología de buena

fe, determinada por los elementos de lealtad, honradez y sobre todo un acertado comportamiento al orden jurídico. De acuerdo con lo dicho, carecerá de buena fe objetiva cualquier comportamiento de la administración o del particular tendiente a la inobservancia de la ley de contratación pública con la finalidad de que se ejecuten prestaciones sin que medie la formalidad escrita del contrato, para posteriormente obtener el pago a través de la declaratoria de enriquecimiento sin causa.

Finalmente es importante resaltar que, si bien es cierto dentro del tema objeto de estudio se parte del supuesto que a la hora de ejecutar prestaciones a favor de la administración no se cumplió con la formalidad *ad solemnitatem* del contrato estatal, también lo es que se ejecutó una prestación que incrementó el patrimonio de la entidad pública y correlativamente menguó el del particular sin causa jurídica para ello. En este evento, nos encontramos ante la presencia de un hecho cumplido ejecutado por el particular quien requiere, para que salga adelante su pretensión de declaratoria de enriquecimiento sin causa, que su conducta se encuentre marcada por la buena fe objetiva y que haya sido determinada por la legítima confianza en la actuación de la Administración Pública, conforme se indicó en líneas precedentes.

De otro lado, es importante identificar el alcance y tratamiento de la categoría jurídica de hecho cumplido y el análisis de algunas variables importantes que pueden presentarse como la ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato y la ejecución de prestaciones a favor del Estado cuando existe un contrato estatal, pero no se han cumplido los requisitos de ejecución del mismo, tópicos que serán abordados en el capítulo siguiente del presente trabajo de investigación.

## Capítulo 3

### 3. El hecho cumplido en la contratación estatal

El enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* en materia administrativa requieren para su procedencia el respeto del ordenamiento jurídico, de tal manera que no son procedentes si en el fondo se pretende desconocer o contrariar una norma imperativa como lo es la formalidad propia del contrato estatal. Conforme a ello, el Consejo de Estado fijó tres causales o excepciones que hacen viable la acción de *in rem verso* sin que medie la solemnidad escrita del contrato de la Administración Pública, las cuales se pueden agrupar de la siguiente manera: el constreñimiento ejercido por la administración al particular y sin culpa de este para la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes y servicios por fuera del marco de la contratación estatal; la urgencia que impone la necesidad de adquirir bienes, solicitar servicios o suministros y ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud; y, finalmente, la hipótesis en que es necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaratoria y obtiene beneficio del particular sin que medie la solemnidad del contrato (Consejo de Estado, sala plena, 2012 Rad.24.897).

En cualquiera de las excepciones descritas, el particular que pretenda la declaratoria de enriquecimiento sin causa a través de la *actio in rem verso* debe adoptar en su conducta cada uno de los elementos necesarios para que se configure la buena fe objetiva, esto es, un acertado comportamiento acorde al ordenamiento jurídico. En ese contexto, cuando el particular movido por la buena fe con base en la expectativa legítima de las actuaciones de la administración, realiza la ejecución de una obra, suministro de un bien o la prestación de un servicio en favor del Estado sin el cumplimiento de los requisitos de existencia y perfeccionamiento del contrato estatal, acontece un fenómeno jurídico denominado hecho

cumplido, es decir, una relación negocial de facto en favor del Estado.

La institución de los hechos cumplidos cuenta con fundamento normativo, jurisprudencial y doctrinal. Desde el punto de vista normativo se tiene como referencia la prescripción legislativa de 1966 que establece que ninguna obra podrá comenzarse sin que el contrato respectivo esté perfeccionado (ley 36, 1966 Art, 1. Parágrafo 3) y actualmente en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, en los artículos 41 y 23 respectivamente. La situación de facto, esto es, la ocurrencia de los hechos cumplidos, genera múltiples consecuencias en el mundo del derecho: desde el punto de vista de la conducta de quien tenga competencias en materia de contratación, podrá devenir responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal y desde la dimensión del acuerdo negocial, la cual debió ser formada por medio de una formalidad *ad substantiam actus* consistente en un escrito donde constará la voluntad de las partes, se reputará la inexistencia del acto.

Sin embargo, así el contrato sea inexistente es claro que hubo una o varias prestaciones jurídicas, bien sea como obra, bien o servicio, de la cual se benefició la administración, por lo tanto, debe indagarse si dicha situación generó o no, un enriquecimiento sin causa para posteriormente encauzar la procedencia de la acción de *in rem verso* en sede de lo contencioso administrativo conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Es por lo anterior que se hace necesario identificar el alcance de la categoría de hecho cumplido cuando no existe contrato estatal desconociendo la formalidad propia para la existencia prevista en el estatuto general de contratación de la Administración Pública.

### **3.1. Realización de labores a favor del Estado sin que medie un contrato estatal**

La contratación estatal es uno de los vehículos mediante los cuales se desarrolla la función administrativa, cumpliendo con los fines del Estado previstos en el artículo 2 de la Constitución Política a través de la ejecución de obras públicas o prestación de servicios que efectivicen los derechos y garantías reconocidas constitucionalmente a los ciudadanos dentro del marco de un Estado social de derecho. También es el mecanismo para ejecutar

las políticas públicas y lograr la satisfacción y realización efectiva de los derechos de los ciudadanos y la consecución del interés general.

El estatuto de contratación conformado por la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y la ley 1474 de 2011 con sus respectivos decretos reglamentarios, al igual que el Estatuto Orgánico de Presupuesto, constituyen los pilares legales de la contratación pública en Colombia. De acuerdo con esa normativa la ausencia de un acto jurídico formal escrito que perfeccione la voluntad de las partes para ejecutar prestaciones de dar o hacer, configura el fenómeno denominado “hechos cumplidos” dado que el estatuto general de contratación establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (Ley 80, 1993, Art. 41).

La Administración Pública, en principio, no puede reconocer a un contratista el pago de la ejecución de un contrato que nunca existió y sobre el que no se cuenta con ninguna apropiación presupuestal. Particularmente atenta contra lo estipulado en la Ley 2063 de 2020 que, en su artículo 12, prohíbe tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos.

El hecho cumplido en materia administrativa se encuentra referenciado en el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996) en su artículo 71.1. Por su parte, el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, señala como falta gravísima en el numeral 3 del artículo 57, asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras sin contar con las autorizaciones pertinentes.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, todos los actos de la administración 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 para

que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. Es por lo anterior que ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible (Decreto 111, 1996, Art. 71).

Una variable de los hechos cumplidos se presenta cuando se adquieren las obligaciones sin el cumplimiento pleno de los requisitos legales, por ejemplo, cuando se cumple con la formalidad del escrito y el contrato perfeccionado queda en estado de inejecutabilidad por no contar con el registro de disponibilidad presupuestal previo a la ejecución del objeto contractual y los particulares ejecutan obras, se reciben servicios o suministros por parte del Estado de manera satisfactoria y la administración no realiza el pago porque no cuenta con el correspondiente registro presupuestal y/o no cuenta con documento de ninguna naturaleza que le sirva de fundamento, como el denominado contrato adicional o acta de reconocimiento, concebidos previamente para soportar presupuestalmente el pago de esa prestación. Igualmente, y con mayor razón, se configura un hecho cumplido cuando ni siquiera existe un contrato estatal, ni se cuenta con registro presupuestal para la prestación obtenida a favor del Estado (Ronderos & Tascón, 2012).

En sentido estricto, un hecho cumplido en la Administración Pública se produce cuando se ejecuta un hecho que generaría un compromiso económico para la administración, sin que se hubiese dado cumplimiento a los requisitos previos que establece el ordenamiento jurídico para ello, es decir, que el hecho cumplido se concibe como la ejecución de prestaciones de particulares o de entidades públicas a favor de otras, sin contar, por ejemplo, con el respaldo presupuestal que lo garantice y que luego se pretende legalizar utilizando cualquier mecanismo para obtener su pago, lo cual desconoce el artículo 71 del decreto 111 de 1996 que establece claramente que cualquier compromiso que se adquiriera sin el lleno de los requisitos presupuestales generará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo del servidor que asuma estas obligaciones.

Es importante manifestar que la Contraloría General de la República en su doctrina reciente mediante concepto OJ-0241-2017, también se pronunció frente a los hechos

cumplidos, señalando que estos consisten en aquellos actos ejecutados omitiendo el trámite legal previo para una correcta formación del respectivo acto administrativo, o cuya omisión se presenta durante su ejecución, de modo que no se cuenta con las certificaciones, autorizaciones o documentos exigidos legalmente para realizar el pago. El hecho cumplido se consolida cuando se adquieren obligaciones, sin que medie soporte legal que las respalde. Al respecto indica el órgano de control que la categoría jurídica de hechos cumplidos al no contar con un soporte o fundamento presupuestal, llevan a la Administración Pública a tomar decisiones para solucionar los conflictos, haciendo en ocasiones más onerosas las obligaciones, ya que tiene que revalidar presupuestalmente el pago ocasionado por un hecho cumplido.

En concepto de la Contraloría General de la República, dentro del marco de la contratación estatal, los hechos cumplidos tienen lugar cuando no se ha cumplido con la apropiación presupuestal previamente a suscribir el contrato y se carece del soporte legal que viabilice el pago, como lo es el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal. Igualmente ocurre cuando se realizan adiciones o modificaciones contractuales que implican mayores costos, en los supuestos de adición de bienes o servicios no pactados inicialmente en el contrato, lo que puede conllevar a una falta del deber funcional de planear el gasto, además de un posible detrimento patrimonial al Estado por incurrir en mayores costos. Así las cosas, refiere el órgano de control que es esencial que se cuente con la disponibilidad presupuestal, pues la contratación sin ella, no solo acarrea responsabilidades de tipo disciplinario o penal, sino también de tipo fiscal cuando se causa un daño al patrimonio del Estado por esa conducta.

Implica lo anterior que el pago por sí mismo de la prestación ejecutada sin contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, en principio no genera responsabilidad fiscal, salvo que se incurra en mayores costos en la adquisición del bien o la prestación del servicio, pues ante esa eventualidad, sí es posible endilgar responsabilidad fiscal en caso de un presunto daño al patrimonio del Estado (Contraloría General de la República. Rad. OJ-0241-2017). Una vez descrito el concepto de hecho cumplido, se advierte que el proceso de

ejecución de la obra, prestación del servicio o la entrega del suministro sin mediar contrato escrito es jurídicamente posible con base en las premisas ya decantadas respecto a la buena fe con la que debe actuar el particular y las excepciones fijadas por el Consejo de Estado frente al reconocimiento del enriquecimiento sin causa desarrollados en los capítulos uno y dos del presente trabajo de investigación como pasa a explicarse a continuación.

Ante la existencia de un hecho cumplido y que ya fue objeto de reconocimiento de enriquecimiento sin causa en sede judicial con la correspondiente compensación, el servidor público a quién le correspondió decidir la solicitud de pago incoada por el particular que lo ejecutó, se expone a riesgos jurídicos, ya que se verá inmerso en un eventual proceso disciplinario, fiscal o penal que finalmente ocasione su retiro de la función pública, inclusive podría darse inicio a una acción de repetición por parte de la entidad estatal afectada con su proceder.

En una situación de estas, lo más común es que la administración se niegue a reconocer las obras realizadas, el servicio prestado o el suministro entregado, ya que con ello se estaría desdibujando y desconociendo los formalismos propios de la contratación pública, en especial, la formalidad *ad substantiam actus* como requisito de existencia del contrato estatal, ocasionando en sus colaboradores una disminución patrimonial injustificada. No obstante, al Estado le está prohibido enriquecerse en detrimento del patrimonio del particular que ha colaborado con la administración satisfaciendo una necesidad y, con ello, los fines del Estado. Es así como el Consejo de Estado desarrolló una línea jurisprudencial sobre la acción de enriquecimiento sin causa como instrumento para que el afectado logre el reembolso y su compensación patrimonial.

A los particulares también le resultan exigibles severas cargas de rigor, seriedad y diligencia al momento de avalar situaciones aparentemente irregulares de la Administración Pública, es decir, quien quiera contratar con el Estado le asisten no solamente derechos sino también obligaciones; una de ellas es la de velar por la salvaguarda de los principios esenciales de la contratación pública, particularmente los de selección objetiva,

transparencia y buena fe. En ese orden de ideas, en muchas oportunidades los proveedores de las entidades públicas, en su mismo afán por ser colaboradores del Estado, desconocen también la normatividad mínima aplicable en materia de compras públicas, específicamente la de la formalización del contrato estatal, cohonestando así con la Administración Pública, situaciones fácticas que generan el empobrecimiento de una de las partes y el correlativo enriquecimiento de la otra, pero el particular no será protegido por el ordenamiento ya que su actuar es imprudente o descuidado y por tanto carente de protección jurídica.

No puede desconocerse que el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva y de perfeccionamiento contractual, es la propia administración. Por esta razón, si la Administración Pública a través de sus representantes influencia el interés del particular a realizar o ejecutar una determinada prestación sin que exista contrato escrito, se impone, correlativamente, la obligación de recomponer el traslado injustificado que se produjo, patrimonialmente hablando, de un sujeto a otro, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en el capítulo dos de esta investigación, relativo a la buena fe con la que debe actuar el particular, esto es, movido por la confianza legítima en las actuaciones de la administración que determinen una buena fe objetiva con los elementos de lealtad y honradez, capítulo al cual remitimos.

### **3.2. Ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato**

En este supuesto a tratar, se debe tener en cuenta que se parte de un contrato principal, el cual fue realizado por la entidad estatal por medio de un proceso de selección, el mismo se encuentra elevado a escrito, es decir, cumple con el requisito de perfeccionamiento del contrato (Ley 80, 1993, Art 41), pero que en su ejecución se realizaron tareas, trabajos o actividades adicionales que debían constar en un acta de reconocimiento o contrato adicional que nunca se perfeccionó, razón por la cual no existe un contrato que cumpla la formalidad escrita u otrosí que respalde lo realizado.

En los contratos estatales se pueden pactar condiciones, cláusulas o demás estipulaciones necesarias para su ejecución, siempre que estas no sean contrarias a la ley, principios y normas de orden público; sin embargo, muchas veces estas condiciones cambian en la ejecución del contrato, razón por la cual se generan adiciones, modificaciones u obras adicionales, presentándose así una modificación de los elementos iniciales.

Otras veces las tareas, trabajos o actividades adicionales necesarias deben modificar el objeto del contrato principal y las mismas deben ser pactadas en un nuevo contrato tal como lo ha expresado la Corte Constitucional señalando que, cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor, se está frente a una mera reforma del contrato. También se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; por ejemplo cuando en un contrato de obra pública se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional (Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012).

Las actividades, trabajos o tareas adicionales como lo indica la Corte Constitucional debieron ser pactadas en un contrato adicional, el cual puede encontrarse conexo al principal, pero el mismo debe cumplir los requisitos de existencia y perfeccionamiento de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, ya que son elementos que modifican el objeto del contrato principal, puesto que se generan nuevas obligaciones para realizar por las partes, las cuales no fueron pactadas con anterioridad, lo que presupone un incremento de valor y por supuesto, el cumplimiento de la formalidad para el perfeccionamiento, esto es que dicho acuerdo se eleve a escrito para que el acto produzca efectos jurídicos.

En muchas ocasiones estos elementos adicionales son realizados por parte del contratista para sostenimiento, adecuación, complementación o simplemente accesorios al objeto contractual del contrato principal, pero las mismas no son pactadas en un contrato adicional, ni pactados así sea de manera incorrecta en una adición al contrato principal, lo cual genera eventualmente la aplicación del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso* y, para lo cual, se debe tener en cuenta que el contratista debió ejecutar estas obligaciones bajo varios presupuestos, siendo uno de ellos el de buena fe objetiva.

El Consejo de Estado en materia de hechos cumplidos, anterior a la sentencia de unificación 24897 de 2012, se pronunció sobre la ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato principal indicando que la ejecución de trabajos no contemplados en dicho contrato puede aumentar y valorizar el patrimonio del Estado, por lo tanto, pueden suponer un enriquecimiento injusto basado en la confianza legítima, consecuencia del principio de buena fe (Consejo de Estado, Sección tercera, 1992, rad. 6822).

Lo anterior no significa permisividad frente a la práctica de realizar obras sin que se haya cumplido uno de los requisitos legales como lo es la solemnidad escrita del contrato. Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque en cada caso en especial debería examinarse para observar el efecto que esta omisión puede producir para el contratista que actúa de buena fe, ya que en algunas circunstancias las obras resultan ser fundamentales e inherentes al objeto contratado y de omitirse se pondría en riesgo la ejecución del objeto, como es el caso de obras de adecuación de terrenos para la construcción, o la adición de alguna estructura que puede poner en peligro la estabilidad de la misma; en este tipo de situaciones, es necesario y aceptable el pago de obras adicionales.

En los casos señalados, se podría aceptar el pago de las obras con base en el principio de buena fe en las condiciones anotadas en el capítulo dos, pues la no suscripción de un contrato adicional no se podría tomar como excusa para el no pago de estas, ya que para el caso concreto sería en favor de la Administración Pública al encontrarse beneficiada

por unas tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato adicional, pero que fueron realizadas por el contratista con el fin de no poner en riesgo la ejecución del contrato principal y que su voluntad de realizarlas para satisfacer las necesidades contratadas se fundamenta por el principio de buena fe y la expectativa legítima en la actuación de la Administración Pública.

### **3.3. Ejecución de prestaciones a favor del Estado cuando existe un contrato estatal, pero no se ha cumplido los requisitos de ejecución del mismo**

La teoría general del negocio jurídico establece que el perfeccionamiento de los contratos obedece a los requisitos de orden legal establecidos en el ordenamiento para que se exprese la voluntad de los cocontratantes. Por regla general, el derecho privado está gobernado por la consensualidad de las partes, es decir, que los contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de voluntades; por otro lado, en materia de contratación estatal, existen requisitos rígidos y formalidades para que el contrato pueda perfeccionarse y darse válidamente su ejecución.

No es suficiente el acuerdo logrado sobre los elementos esenciales del negocio, la observancia de sus requisitos de validez, si no que se requiere adicionalmente una formalidad *ad-solemnitatem* para que el contrato estatal surja y produzca efectos jurídicos en el mundo del derecho, en consecuencia, el mismo debe ser elevado a escrito (ley 80, 1993, Art. 41). Ahora bien, también es importante mencionar que salvo para los contratos sobre bienes inmuebles que impliquen una mutación específica del dominio o la imposición de gravámenes, donde se exige la existencia de una escritura pública, la existencia del medio documental no se encuentra calificada por la ley, es decir, debe entenderse que se trata de un escrito simple sin ninguna formalidad especial.

La teoría del negocio jurídico identifica de manera precisa los elementos de existencia del contrato, sin los cuales este es afectado por una inoperatividad denominada

inexistencia, en virtud de la cual el contrato no produce efecto alguno, dado que no existe en el mundo del derecho.

Los elementos de existencia de los negocios jurídicos prescriben ciertas condiciones generales indispensables para la formación de estos, sin las cuales, los negocios jurídicos no pueden nacer, no existen o producen efecto jurídico alguno. Dichas condiciones son los sujetos, la voluntad manifestada que proviene de este, el consentimiento, el objeto, la causa y la solemnidad para la existencia. Sin la voluntad o intención manifestada, por sustracción de materia no hay acto jurídico. De igual manera cuando falta objeto o causa se suprime la sustancia del acto que puede consistir en la creación, modificación o extinción de una o más relaciones jurídicas, también la ausencia de finalidad o móvil que motiva dicha declaración, devela que no se produce efecto alguno (Ospina Fernández, 1998). Como corolario, dentro de los elementos de existencia, el ordenamiento jurídico colombiano establece ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de negocios jurídicos, lo que implica la exigencia de que la voluntad se exprese de cierta manera predeterminada para que produzca efectos conforme a la ley (Código civil, 1873, Art.1500).

Seguidamente se distinguen los requisitos de validez, de los cuales deviene la producción de efectos jurídicos regulares y permanentes que solo pueden ser suprimidos vía judicial. El ordenamiento colombiano establece que para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita y además que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra (Código civil, 1873, Art.1502).

De manera muy general podemos identificar que el primer requisito de validez del contrato es la capacidad de los sujetos. En efecto, la capacidad puede definirse como la aptitud de un sujeto para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, la aptitud para ser titular de una relación jurídica tanto dentro del ámbito del derecho privado como del

derecho público (Alexandri y Somarriva, 2011). La ley presume la capacidad de todas las personas naturales, salvo las que ella misma declara incapaces. Seguidamente la capacidad de las personas jurídicas está relacionada con su objeto social. En materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 en su artículo séptimo, creó unas formas asociativas como los consorcios y uniones temporales, otorgándoles capacidad contractual pero no personería jurídica (Dávila Vinueza, 2016). Por su parte, la Ley 2160 de 2021, modificó el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, ampliando la capacidad para contratar con las entidades estatales a los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993.

En segundo lugar, como requisito de validez, el negocio jurídico debe contar con un consentimiento libre o exento de vicios por parte de los sujetos que intervienen en la relación negocial; dichos vicios consagrados por nuestro ordenamiento son: el error, la fuerza y el dolo (Código civil, 1873, Art.1508). El error consiste en la disconformidad entre la realidad y lo que un determinado sujeto cree; el mismo puede recaer sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales de una cosa, la naturaleza del negocio, error acerca de la persona, etc (Dávila Vinueza, 2016). El dolo como vicio del consentimiento consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Finalmente, la fuerza es toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico (Ospina Fernandez,1998); la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición (Código civil, 1873, Art. 63,1513).

El tercer requisito de validez señalado en el marco normativo consiste en el objeto lícito, es decir, aquel que es conforme a la ley, al orden público y las buenas costumbres. Dentro de este requisito se puede incluir cualquier violación a normas imperativas, habida cuenta que el artículo 44 de la ley 80 de 1993 establece la nulidad absoluta por transgresión de una norma de esa naturaleza (Dávila Vinueza, 2016).

El cuarto requisito obedece a una causa posible y lícita identificada con los motivos o móviles del contrato, los cuales son determinantes en la celebración de este y comunes y conocidos por ambas partes (Palacio Hincapié, 2014).

Finalmente, como último requisito de validez se establece la plenitud de las formalidades prescritas en la ley. Se trata de eventos en los que la ley tiene previsto una forma para la existencia del contrato pero dicha formalidad se cumple de manera defectuosa, es decir, no es que se deje de cumplir porque de ser así generaría la inexistencia del contrato sino más bien que se cumple irregularmente, lo que hace que el negocio jurídico sea existente pero adolezca de nulidad o invalidez. (Dávila Vinueza, 2013).

La ausencia de estos requisitos produce invalidez del negocio jurídico por encontrarse viciado de nulidad relativa o absoluta dependiendo de la causa legal. La diferencia entre las inoperatividades de inexistencia e invalidez estriba en que en la primera no se produce ningún efecto jurídico como se explicó en líneas precedentes, mientras que, en la invalidez, el contrato produce plenos efectos jurídicos, pero dichos efectos pueden ser suprimidos o modificados vía sentencia judicial (Gómez Vásquez, 2010).

En ese sentido, todo contrato estatal debe cumplir con los elementos de existencia y validez anotados. Lógicamente como un estatuto integral compuesto también por normas imperativas, se exige para el perfeccionamiento del contrato, que este se eleve a escrito. En consecuencia, la carencia de un acto jurídico formal escrito que perfeccione la voluntad de las partes para ejecutar prestaciones de dar, hacer o no hacer, configura el fenómeno denominado hechos cumplidos explicado a lo largo de este capítulo, pues de no cumplirse con la formalidad para la existencia, nos encontramos ante la realización de labores a favor del Estado sin que medie un contrato estatal o un otrosí contractual que sustente o sirva de causa a las prestaciones y consecuentemente ante la figura del enriquecimiento sin causa jurídica a favor del Estado.

Por otro lado, se encuentran los requisitos de ejecución en materia de contratación estatal ya que este debe cumplir con los elementos de existencia y los requisitos de validez. Sin embargo, el agotamiento o acatamiento de ambos tópicos normativos no son suficientes para dar inicio válidamente a la ejecución de las obras, bienes y servicios requeridos por una entidad pública. Lo anterior debido a que el ordenamiento jurídico establece que para la ejecución del contrato se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes (Ley 1150, 2007, Art. 23), salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto. De acuerdo con lo expuesto, el contrato estatal requiere de dos requisitos adicionales que permiten el inicio de la ejecución de la prestación, a saber: la aprobación de la garantía y el certificado de registro presupuestal.

En ese orden de ideas, es dable concluir que pueden existir situaciones en las que la administración adelantó el correspondiente proceso de selección de contratista y emitió el correspondiente acto de adjudicación, cuando a ello haya lugar, no obstante, de manera posterior debe cumplirse con la aprobación de la garantía y el registro presupuestal, sin embargo, el particular ejecuta las prestaciones pactadas en el contrato estatal sin que se haya cumplido con los mismos. En otras palabras, el contrato cumple con los elementos de existencia y los requisitos de validez consagrados en las normas imperativas, pero el mismo ordenamiento contractual adicionalmente prevé el cumplimiento de los dos requisitos de ejecución aludidos en precedencia, para que pueda iniciarse válidamente la ejecución de las prestaciones.

De ahí que la ausencia de garantías o la aprobación de estas y la carencia del registro presupuestal no configuran la inexistencia o invalidez del contrato estatal, sino su inejecución (Consejo de Estado, Sección tercera, 2005 Rad. 12846).

En ese escenario, cuando el contrato existe jurídicamente, es válido y se encuentra perfeccionado, no es posible hasta ese momento iniciarse la ejecución de las prestaciones, por ejemplo, por no contar con el registro presupuestal; no obstante, si el contratista inicia

su ejecución nos encontramos ante un hecho cumplido, puesto que se genera un compromiso económico para la administración, sin que se hubiese dado cumplimiento a los requisitos previos que establece el ordenamiento jurídico para ello. De igual manera ocurre cuando se ejecutan obras, se realizan suministros o se prestan servicios y no se cuenta con una solemnidad como contrato adicional o acta de reconocimiento otorgada antes de la ejecución. Ante la primera situación no puede perderse de vista que las prestaciones ejecutadas están debidamente soportadas en el vehículo del contrato existente y válido con la respectiva formalidad de escrito simple, el cual contiene el acuerdo frente al precio y la contraprestación. Su consecuencia será indefectiblemente la responsabilidad del funcionario titular de la función contractual, pero también se impone la obligación de pago por parte de la entidad quien deberá repetir contra aquel.

#### **3.4. Omisión de constitución de garantías**

En virtud de la Ley 80 de 1993, las garantías se unificaron en una sola categoría que cobija los diferentes siniestros y ampara los perjuicios que se le puedan irrogar a la entidad contratante en virtud de los incumplimientos de las obligaciones y/o prestaciones derivadas del vínculo contractual. Es así como a través de la garantía, el colaborador del Estado ampara los eventuales perjuicios que le pueda irrogar al contratante como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que subyacen al contrato estatal.

Los mecanismos de cobertura de riesgos previstos en el actual ordenamiento y reglamentados en el art. 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015 para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del colaborador del Estado pueden consistir en primer lugar, en la constitución de un Patrimonio Autónomo creado a través de un contrato de fiducia mercantil, mediante este tipo de garantía se amparan los riesgos derivados del incumplimiento obligacional por parte del contratista. En segundo lugar, el colaborador del Estado también puede ofrecer una garantía bancaria en virtud de la cual, la entidad bancaria respalda el cumplimiento obligacional surgido del contrato estatal (Palacio Hincapié, 2014).

Finalmente, la garantía podrá consistir en un contrato de seguro contenido en una póliza. En efecto, por regla general, el derecho de seguros posee en lo sustancial una finalidad reparadora, ya que la ausencia de perjuicios no genera la obligación a cargo de quien se traslada el riesgo de efectuar el pago, pues la obligación de la compañía aseguradora de resarcir los daños ocasionados al beneficiario van hasta la concurrencia de la suma asegurada, por eso el seguro de cumplimiento de contratos estatales se clasifica como una categoría especial del seguro de daños, pues su finalidad no es otra que proteger el patrimonio público del daño o perjuicio ocasionado por el incumplimiento obligacional del contratista (Narváez, 2011).

Los seguros de daños de conformidad a la normativa mercantil, pueden clasificarse en reales y patrimoniales (Código de Comercio, 1971, Art. 1082). Aquellos denominados reales se explican como los que versan sobre bienes determinados o determinables y pasibles de valoración pecuniaria. Por su parte, los tipificados como seguros patrimoniales aseguran el débito con ocasión de la ocurrencia del siniestro dentro de la esfera patrimonial del sujeto asegurado, de tal manera que el seguro que ampara la relación contractual del Estado se encuentra inmerso en esta segunda categoría, habida cuenta que el asegurador asume el riesgo ante el eventual daño, menoscabo o lesión al patrimonio estatal derivado del incumplimiento que emana de las obligaciones a cargo del colaborador del Estado o garantiza el cumplimiento cabal y oportuno de la obligación asegurada (Narváez, 2011).

De acuerdo al marco normativo señalado atrás, para que el contrato pueda ejecutarse es necesario que se cumplan tres requisitos: i) que se haya aprobado la garantía, ii) existencia del registro presupuestal y iii) que el contratista este a paz y salvo con los aportes parafiscales.

Cuando el particular inicia con la ejecución del contrato sin que la administración haya aprobado la garantía única de cumplimiento o sin que esta haya sido debidamente presentada por el contratista, no puede perderse de vista que las prestaciones ejecutadas están debidamente soportadas en el vehículo del contrato con la respectiva formalidad de

escrito simple, el cual contiene el acuerdo frente al precio y la contraprestación. En consecuencia, no se trata de un incremento patrimonial injustificado determinante del enriquecimiento sin causa, pues precisamente la causa jurídica de las prestaciones recíprocas subyace en el contrato estatal escrito, lo que presupone que este existe en el mundo del derecho y que produce plenos efectos jurídicos.

Lo que ocurre en ese caso es que no se ha cumplido con uno de los requisitos de ejecución del contrato consistente en la presentación y aprobación de las garantías, lo que deja completamente desprotegida a la entidad sin un garante que avale el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la cual debería estar vigente durante todo el desarrollo y ejecución del contrato, inclusive más allá de su liquidación con el fin de mantener el riesgo amparado de acuerdo con el naturaleza del servicio o la obra que se ejecutó para la entidad contratante. En ese escenario, dicha irregularidad de ninguna manera afecta la existencia o validez, si no que su consecuencia será la desprotección absoluta de la entidad en caso de concretarse un riesgo que debía ser amparado a través de la póliza e inexorablemente la responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y civil del funcionario que incumple con dicho requisito administrativo.

### **3.5. Inexistencia de partida presupuestal**

En primer lugar, es importante señalar que la inexistencia de partida presupuestal abordada en este punto, se refiere a la carencia de registro presupuestal como requisito necesario para que inicie validamente la ejecución de prestaciones derivadas del contrato estatal.

En ese sentido, en 1983, con la expedición del Decreto 222, se estableció que el perfeccionamiento del contrato operaba con el registro presupuestal, en concordancia con el

artículo 39 del decreto 150 de 1976. Con la redacción del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se desataron las dos interpretaciones en donde, en primera instancia, se consideró que el registro presupuestal perfeccionaba el contrato estatal, y posteriormente, la jurisprudencia rectificó la posición considerando éste como un requisito de ejecución (Consejo de Estado, Sección tercera, 2005 Rad. 12846). La jurisdicción de lo contencioso administrativo concluyó que para la ejecución del contrato se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto.

También afirmó el Consejo de Estado que el contrato nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su perfeccionamiento, porque es un requisito necesario para su ejecución. (Consejo de Estado, Sección tercera, 2000, Rad.14935). Es menester precisar entonces que el registro presupuestal no perfecciona el contrato, sino que se trata de un mero requisito administrativo que debe cumplir la administración dentro del marco jurídico de la contratación estatal y el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Ahora bien, a igual conclusión debe arribarse frente a la omisión en cuanto a la constitución de las garantías, si bien es cierto podría afirmarse que estamos ante un hecho cumplido cuando el particular inicia con la ejecución sin que la administración haya emitido el correspondiente registro presupuestal, no puede desconocerse que las prestaciones ejecutadas están debidamente soportadas en el vehículo del contrato con la respectiva formalidad de escrito simple, el cual contiene el acuerdo frente al precio y la contraprestación. En consecuencia, no se trata de un incremento patrimonial injustificado, pues precisamente la causa jurídica de las prestaciones recíprocas subyace en el contrato estatal escrito, lo que presupone que este existe en el mundo del derecho y que

produce plenos efectos jurídicos, de igual manera el contrato es válido, lo que ocurre es que sus prestaciones se ejecutan desconociendo lo previsto en el artículo 71 del decreto ley 111 de 1996 y lo previsto en la ley 1150 de 2007 de cara a los requisitos de ejecución.

Dicha irregularidad de ninguna manera afecta la existencia o validez y será aceptable el pago que realice la entidad, no obstante, su consecuencia será inexorablemente la responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y civil del funcionario que incumple con dicho requisito administrativo.

A manera de conclusión se puede afirmar que el estatuto orgánico presupuestal de acuerdo a las normas citadas en precedencia, hace referencia al hecho cumplido cuando se contraen las obligaciones por parte de la administración generando un compromiso económico sin el lleno de los requisitos legales. En ese orden de ideas, se deben considerar como las principales causas del hecho cumplido: cuando el contrato perfeccionado queda en estado de inejecutabilidad por no contar con el registro presupuestal previo a la ejecución del objeto contractual y los contratistas ejecutan obras, se reciben servicios o suministros por parte del Estado de manera satisfactoria y no se pueden cancelar precisamente por no contar con las partidas presupuestales suficientes y/o no cuentan con documento alguno denominado contrato adicional o acta de reconocimiento establecidos previamente para dicho efecto.

También existe hecho cumplido cuando no existe la formalidad escrita del contrato estatal para la prestación obtenida a favor del Estado, generando un traslado patrimonial que incrementa el suyo y correlativamente disminuye el del particular que ejecutó la prestación sin causa jurídica para ello. Un ejemplo claro puede evidenciarse en un caso analizado por el Consejo de Estado en virtud del cual la sociedad constructora Cárdenas y Maya Carma Ltda., suscribió un contrato para la construcción de una planta de tratamiento y obras civiles necesarias con SENA – Regional de Bogotá y Cundinamarca en el que en su ejecución, del se observó que era necesario realizar unas obras adicionales consistentes en la elevación de la estructura del tanque, las cuales fueron realizadas por el contratista sin la

suscripción de un contrato adicional, por lo tanto, estas obras no fueron pagadas por la entidad contratante. El Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia el cual declaró la responsabilidad patrimonial del SENA por haberse enriquecido sin justa causa a expensas del contratista con fundamento en ese hecho cumplido ejecutado por el contratista de obra (Consejo de Estado, sección tercera, 1995 Rad. 8118).

Finalmente, cabe preguntarse si al encauzar la procedencia de la acción de *in rem verso* en sede judicial, por aquel particular que se encuentra inmerso en una de las hipótesis antedichas, que actuó bajo los parámetros de la buena fe objetiva y ejecutó un hecho cumplido prestando sus servicios, ejecutando obras o suministrando bienes a una entidad pública sin que medie un contrato estatal, en el marco señalado en las tres excepciones jurisprudenciales y al salir avante su pretensión en sede de lo contencioso administrativo, el fallo respecto a la restitución patrimonial, deberá limitarse a resarcir el monto cuantificado por la disminución o si por el contrario dicha condena deberá establecer una indemnización integral que contemple perjuicios materiales e inmateriales sufridos por el empobrecido, esto es, aquellos perjuicios susceptibles de valoración económica y que se generan independientemente del monto empobrecido.

## Capítulo 4

### **4. La restitución patrimonial en la contratación estatal por el enriquecimiento sin causa**

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 refiere que los contratos que celebran las entidades cobijadas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas en ese mismo estatuto. Como puede observarse, el régimen contenido en el estatuto general remite al régimen jurídico de derecho privado en cuanto a la teoría general del contrato y del negocio jurídico, por lo cual la naturaleza jurídica del patrimonio debe ser analizada a la par del derecho privado.

En nuestro ordenamiento civil, el patrimonio es la prenda general del acreedor sobre el conjunto de los bienes de su deudor, en virtud del cual se puede perseguir el pago de la prestación por medio de la ejecución de cualquiera de los elementos que conforman el patrimonio del obligado (Código civil, 1873, Art. 2488). Toda obligación en sentido jurídico debe referirse a una prestación de contenido patrimonial; por su parte, el artículo 248 del Código Civil establece que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes raíces o muebles del deudor, por lo tanto, la función del patrimonio es una función de garantía de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano.

En la doctrina colombiana se ha definido el concepto de daño patrimonial como la agresión que golpea a un interés que hace parte del patrimonio o a un bien patrimonial, o que afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo, de manera directa o por efecto de un ataque a un elemento patrimonial o a un bien de la personalidad y si el golpe lo recibe la persona en su patrimonio el daño será patrimonial (Heno Pérez, 1998). Como consecuencia del daño deviene un menoscabo o

lesión al patrimonio que activa la reparación y que obliga jurídicamente a dejar incólume a la persona, como si el daño no hubiere ocurrido, es decir, el daño debe ser resarcido. Para la Corte Constitucional, el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite (Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993).

En cuanto a la restitución del patrimonio es importante preguntarse por la naturaleza y finalidad que deben conllevar las condenas en sede judicial, pues el Consejo de Estado ha adoptado un criterio de reparación integral con el fin de resarcir al empobrecido en materia de enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo colombiano. A diferencia del derecho privado, dentro del derecho público, en especial en materia de enriquecimiento sin causa, se ha considerado que la persona que ejerce su derecho de acción y sus pretensiones son estimadas, el fallo judicial deberá ser compensatorio dado el detrimento patrimonial sufrido por el empobrecido.

Para la doctrina no existe claridad suficiente que permita deslindar entre el problema de los daños indemnizables y el asunto del enriquecimiento sin causa de naturaleza restituible, pues se afirma que el enriquecimiento que se prohíbe es el que genera daño en otro, excluyendo aquel enriquecimiento que se justifica, tratando de afirmar que quien usa su derecho no está causando daño alguno (Días Picazo y Ponce de León, 2011).

En materia de derecho privado, la consecuencia propia del enriquecimiento estriba en una condena en sentido compensatorio establecida de acuerdo a la disminución patrimonial que sufre el perjudicado. Conviene determinar si en el enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano, en especial en el derecho administrativo, el fallo deberá limitarse a resarcir el monto cuantificado por la disminución patrimonial o si por el contrario, dicha condena deberá establecer una indemnización integral que contemple perjuicios inmateriales y materiales sufridos por el empobrecido, es decir, aquellos perjuicios susceptibles de valoración económica y que se generan independientemente del

monto empobrecido.

#### **4.1. La tesis del Consejo de Estado: la compensación**

Dentro del derecho de daños, la responsabilidad civil tiene como finalidad la de compensar a la persona que ha sufrido un daño, además de determinar quién la debe compensar y de qué forma. En últimas, consiste en otorgar a la víctima una indemnización que permita reparar la lesión sufrida, esta puede ser material o moral y de acuerdo al artículo 1106 del Código Civil, los daños indemnizables incluyen el daño emergente que se define como la pérdida realmente sufrida y el lucro cesante entendido como el beneficio o ganancia dejado de obtener. En ese contexto, es importante establecer si la restitución del patrimonio puede darse incluyendo el concepto de reparación, es decir, si aquella persona que actuando bajo los parámetros de la buena fe objetiva y que ejecutó obras, prestó servicios o suministró bienes bajo la hipótesis de un hecho cumplido sin que medie contrato estatal, será objeto de reparación incluyendo el lucro cesante y el daño emergente, además de los perjuicios inmateriales o si, por el contrario, estas tipologías no hacen parte integral de los conceptos a reparar.

Puede concluirse que hasta la sentencia emitida por la Sección Tercera del Consejo Estado en el año 2012 en el proceso con Radicado 24897, la condena cuando se han ejecutado prestaciones a favor del Estado sin que medie la formalidad escrita del contrato y prospere la pretensión de enriquecimiento sin causa, deberá limitarse a resarcir el monto disminuido para el empobrecido porque la indemnización implica la valorización de perjuicios morales y materiales que escapan de la órbita de la acción *in rem verso*, ya que la relación jurídica se ha fundamentado sobre el desconocimiento de normas de carácter imperativo. En otras palabras, la acción va dirigida a retrotraer los efectos generados con ocasión de un traslado entre patrimonios sin causa jurídica que lo sustente, en tanto que su procedencia radica en el reconocimiento de supuestos que escapan de cara a la responsabilidad contractual o extracontractual y que implican en sede jurisdiccional, el

reconocimiento por conceptos estrictamente compensatorios.

Así lo ha ratificado el Consejo de Estado frente a la naturaleza del enriquecimiento sin causa, bajo la premisa que no se pretende la reparación de un perjuicio, sino que se trata de equilibrar las cargas restituyendo el patrimonio que se vio afectado o empobrecido con ocasión del hecho cumplido. En consecuencia, de acuerdo a dicha posición si se pretendiese el reconocimiento de perjuicios materiales como el lucro cesante y el daño emergente se descontextualizaría la teoría del enriquecimiento (Consejo de Estado, sección tercera, 2007, Rad.14669).

Contrario a la posición jurisprudencial en cita, debe observarse que en el universo casuístico pueden ocurrir muchísimos supuestos donde el enriquecimiento sin causa puede dar lugar a perjuicios materiales en la tipología del daño emergente que exceden el valor de la obra, bienes o servicios prestados, es decir, que exceden a la mera compensación, por ejemplo, si un contratista ejecuta una obra pública en el marco del enriquecimiento sin causa y debido a esa falta de pago por la administración incurre en intereses de mora con sus acreedores, condenas judiciales a favor de proveedores a los cuales les incumplió por falta de pago, etc., la indemnización de todos los conceptos que incluya el daño emergente sería procedente en tanto la pérdida material sufrida representada en el monto del enriquecimiento no se agota en el valor de la obra; por eso, el alcance reparador dentro de la tipología del daño emergente debe ser mucho más amplio y además de incluir el valor real de la obra, bien o servicio, debe repararse todos los demás gastos en que incurrió el colaborador del Estado derivado de ese enriquecimiento sin causa y cuyo fundamento es un criterio mínimo de justicia.

Finalmente, debe indicarse que desde la jurisprudencia emitida por la Sección Tercera del Consejo Estado en el año 2012 en el proceso con Radicado 24897, el tratamiento del tema no ha sufrido modificación alguna, pues el estado actual de la jurisprudencia es el mismo en el sentido de que el fallo que declara el enriquecimiento sin causa deberá limitarse a resarcir el monto disminuido para el empobrecido, es decir, se

agota en la mera compensación. Lo anterior puede obedecer a que las pretensiones de declaratoria de enriquecimiento sin causa han sido desestimadas por esa alta corporación debido a que las circunstancias fácticas y modales que se alegan en las respectivas demandas no se enmarcan dentro de las tres excepciones fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2012 (Consejo de Estado, Sección tercera, 2022, Rad. 56891).

#### **4.2. La tesis que se propone: la reparación**

Pese a la tesis del Consejo de Estado, es importante dejar sentado en la presente investigación que en muchas ocasiones cuando el colaborador del Estado suministra bienes o servicios a la entidad estatal sin que medie la formalidad escrita del contrato y en el marco de las tres excepciones señaladas por la jurisprudencia administrativa, el particular utiliza de manera arriesgada su propio patrimonio en aras de cumplir con dicha prestación, sin embargo, la omisión en el pago por parte de la entidad estatal so pretexto de la ausencia de la formalidad escrita del contrato puede generar daños patrimoniales en la órbita del particular, los cuales deberían ser reparados plenamente y no solo compensados devolviendo el monto disminuido como lo definió el Consejo de Estado porque, según dijo, se desnaturalizaría el carácter óntico de la institución del enriquecimiento sin causa que tiene como fin último recomponer el monto cuantificable de acuerdo a lo empobrecido. Esto resulta además contradictorio si se tiene en cuenta que la Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 acogió la tesis según la cual, el medio procesal para hacer efectiva la pretensión de reconocimiento del enriquecimiento sin causa es la reparación directa, medio de control que precisamente tiene como propósito reparar.

Lo que se propone es que pueda demandarse autónomamente a través de la *actio in rem verso* en procura del reconocimiento compensatorio propio del enriquecimiento sin causa pero con la posibilidad de acumularse con la pretensión de reparación directa con el fin de que pueda repararse o indemnizarse integralmente los perjuicios materiales e inmateriales en caso de que, además de darse un empobrecimiento, se haya generado un

daño antijurídico que el particular no esté en la obligación de soportar.

Lo anterior se justifica en la medida en que la misma Ley 1437 de 2011 en su artículo 165, prevé la posibilidad de acumular pretensiones siempre y cuando: el juez sea competente para conocer de todas, que las pretensiones no se excluyan entre sí, que no haya operado la caducidad respecto de ninguna de ellas y que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento; requisitos que efectivamente pueden ser cumplidos en la hipótesis de enriquecimiento sin causa, de manera que la *actio in rem verso* y la reparación directa pueden tratarse como dos medios de control autónomos pero compatibles y estrechamente relacionados al punto que resulta viable su trámite a través del proceso ordinario previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior se acompasa con la estructura esencial del Estado social de derecho en procura de las garantías del colaborador del Estado que sirve de medio para la consecución de los fines estatales esenciales previstos en el artículo 2 de la carta, pues las tres excepciones fijadas por el Consejo de Estado en el año 2012 son insuficientes frente a la variedad casuística que puede presentarse en el día a día del ejercicio de la función administrativa y que, en este contexto, puede generar empobrecimientos de particulares o de otras entidades públicas sin justa causa jurídica y correlativamente daños antijurídicos objeto de reparación integral.

## Conclusiones

El objetivo de esta investigación consistió en el análisis de los alcances jurídicos del hecho cumplido, la buena fe objetiva y la restitución del patrimonio cuando el Estado colombiano se enriquece por prestaciones ejecutadas por un particular cuando debió perfeccionarse un contrato estatal. Para ello fue necesario la identificación precisa de todos los presupuestos de carácter sustancial que estructuran la institución del enriquecimiento sin causa desde el derecho civil para luego perfilarlo en el derecho administrativo colombiano según el tratamiento que ha recibido doctrinariamente y por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular en el marco de la Sentencia de unificación del año 2012 emitida por la Sección Tercera de esa alta corporación.

En ese sentido, es posible concluir que el enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano ha recibido el tratamiento de principio y de fuente de obligaciones, lo cual descansa sobre el mandato de que no es lícito que una persona se enriquezca a costa de otra, sin existir causa jurídica. Dicha institución tiene cabida en el derecho administrativo cuando un particular ejecuta prestaciones para favorecer intereses públicos sin que medie la formalidad escrita del contrato exigida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, abriendo paso a la acción judicial por enriquecimiento sin causa a favor del particular y en disfavor de aquella.

Por otro lado, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido vacilante a la hora de abordar el enriquecimiento sin causa, limitando finalmente a tres excepciones la aplicación de la *actio in rem verso* cuando el particular ejecuta prestaciones a favor de la administración sin que medie el escrito como forma propia del contrato estatal. Las tres excepciones señaladas por la jurisprudencia administrativa tienen lugar cuando la entidad pública, sin participación o culpa del particular afectado, impone en virtud de su autoridad o imperio la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes y servicios por

fuera del marco de la contratación estatal. La segunda excepción tiene lugar cuando resulta urgente adquirir bienes, solicitar servicios o suministros y ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud. Finalmente, hay enriquecimiento sin causa y, en consecuencia es procedente la acción de *in rem verso*, cuando es necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaratoria y obtiene beneficio del particular sin que medie la solemnidad del contrato.

Al analizar dichas excepciones es posible concluir que se tornan insuficientes y restringen innecesariamente la variedad casuística que puede presentarse en materia de enriquecimiento sin causa, lo que dificulta la apreciación ponderada en el caso concreto frente a la posición que ocupaba el particular frente a la administración en dicha situación de facto. Lo anterior debido a que la excepción relacionada con el supuesto de urgencia o necesidad de adquirir bienes, solicitar servicios o suministros para evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible al derecho a la salud puede excluir muchísimos casos — debido a la naturaleza propia del derecho a la salud y su conexidad inescindible con todos los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política de 1991— los cuales no podrán cobijarse bajo la literalidad de las hipótesis definidas en la sentencia de unificación, lo que de contera sacrifica la pretensión legítima del particular en detrimento de la justicia y equidad como valores esenciales del orden jurídico, situación que amerita un cambio en la línea jurisprudencial.

Por otra parte, de cara al alcance jurídico de la buena fe y de la identificación de sus elementos necesarios para que sea estimada en sede judicial la *actio in rem verso* en el ámbito de la contratación estatal, puede concluirse que existe un alto grado de dificultad a la hora de enmarcar una situación fáctica concreta en alguna de las dos tipologías de buena fe —objetiva y subjetiva— referidas por el Consejo de Estado, y, concretamente, en la tipología exigida por dicha corporación para que proceda el enriquecimiento sin causa —la objetiva que consiste en la percepción íntima del sujeto de un obrar leal y recto, así como un comportamiento ajustado a la norma jurídica— porque dicha valoración supone un alto

grado de subjetividad casi imposible de descartar, como lo sostuvo la doctora Stella Conto Díaz del Castillo en su salvamento de voto en la Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012.

En lo que se refiere a la categoría del denominado hecho cumplido, podemos concluir que este se presenta cuando el particular ejecuta una obra, suministra un bien o presta un servicio en favor del Estado sin el cumplimiento de los requisitos de existencia y perfeccionamiento del contrato estatal. La forma más pura de manifestación de este fenómeno se da bajo el supuesto de la inexistencia absoluta del escrito exigido en el ordenamiento sustancial. Si el hecho cumplido se enmarca en alguna de las tres excepciones fijadas por el Consejo de Estado, ante la ausencia absoluta del contrato escrito y previa verificación de la buena fe conforme se indicó atrás, su consecuencia será la declaratoria del enriquecimiento sin causa, la condena a la entidad pública a compensar al particular lo empobrecido, así como las eventuales responsabilidades penal, disciplinaria y fiscal del servidor que desconoció el carácter imperativo de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la formalidad del contrato.

El hecho cumplido también se manifiesta a través de la ejecución de tareas, trabajos o actividades adicionales no establecidas en el contrato y que carecen de un documento o acta de reconocimiento que los soporte, situación que en principio generaría un enriquecimiento sin causa en disfavor del particular. En dicha eventualidad, tratándose de obras necesarias de acuerdo a la naturaleza y alcance del objeto del contrato, también será procedente la *actio in rem verso* para procurar judicialmente la compensación respectiva y así deberá reconocerse.

Ahora bien, de acuerdo al tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado frente a la ejecución de prestaciones a favor del Estado cuando existe un contrato estatal, pero no se ha cumplido los requisitos de ejecución del mismo, puede concluirse que dicho supuesto es otra forma de manifestación del fenómeno del hecho cumplido que se presenta cuando el contratista inicia su ejecución sin el correspondiente

registro presupuestal ya que se genera un compromiso económico para la administración, sin que se hubiese dado cumplimiento a los requisitos previos que establece el ordenamiento jurídico para ello.

Sin embargo, ante esta eventualidad no nos encontraremos en estricto sentido ante la institución del enriquecimiento sin causa, en primer lugar, porque el contrato estatal existe y es válido y en esa medida un eventual enriquecimiento a favor de la administración que se niega al pago por la carencia de la apropiación presupuestal, no se enmarca dentro de esta institución, porque la prestación está soportada en el contrato estatal, de tal manera que deberá reconocerse judicialmente el pago. La segunda razón y no menos importante, radica en que la pretensión a incoar por parte del contratista para lograr el pago efectivo de la prestación derivada del contrato sin registro presupuestal, será a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior también implicará determinar el grado de responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal en cada caso concreto respecto del servidor que cohoneste la ejecución contractual sin el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento para la ejecución.

Frente al alcance jurídico de la categoría de hecho cumplido de cara a la omisión de constitución de garantías como requisito de ejecución contractual, se concluye que la naturaleza de dicho requisito es más de carácter administrativo e igual de importante que los demás requisitos, pero en todo caso, no estaremos ante la presencia de un hecho cumplido en sentido estricto y siendo más rigurosos, ante un enriquecimiento sin causa. La consecuencia de este supuesto será la desprotección absoluta de la entidad ante la ausencia de un garante que avale el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y el amparo de los eventuales perjuicios que pueda generar dicho incumplimiento. Por supuesto deberá establecerse la responsabilidad jurídica del servidor público que asienta con dolo o culpa el incumplimiento de este requisito de ejecución contractual.

Finalmente, frente al alcance jurídico y la identificación de los elementos que componen la restitución patrimonial en el enriquecimiento sin causa en el derecho

administrativo colombiano cuando el Estado se enriquece por prestaciones ejecutadas por un particular cuando debió perfeccionarse un contrato estatal, puede concluirse que el Consejo de Estado adoptó en sus providencias un criterio de naturaleza compensatoria que afecta las garantías constitucionalmente protegidas al empobrecido cuando se le causan daños antijurídicos y con ellos, perjuicios materiales e inmateriales que exceden la compensación patrimonial que ha reconocido la jurisprudencia administrativa. Esto desconoce la cláusula general de responsabilidad del Estado de raigambre constitucional.

En efecto, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el fallo que declara el enriquecimiento sin causa en el marco de las tres excepciones fijadas por esa corporación deberá limitarse a la orden de devolver el monto cuantificado por la disminución patrimonial, porque de lo contrario, dice esa corporación, se desnaturalizaría el carácter óntico de la institución del enriquecimiento sin causa que tiene como fin último recomponer el monto cuantificable de acuerdo a lo estrictamente empobrecido, en tanto que la *actio in rem verso* va dirigida a retrotraer los efectos generados con ocasión de un traslado entre patrimonios sin causa jurídica que lo sustente; de ahí que, según el Consejo de Estado, reconocimientos distintos escapan a su naturaleza.

Dicha posición jurisprudencial desconoce las garantías del colaborador del Estado si se parte de la base de que el particular, sin mediar contrato estatal y actuando bajo la buena fe, ejecuta obras, presta servicios o suministra bienes en el marco de las tres excepciones fijadas en la jurisprudencia que suponen la superioridad o *imperium* de la Administración a la que cede el particular, sufriendo por ello daños antijurídicos materiales e inmateriales en sumas superiores y en dimensiones distintas a la mera restitución de lo empobrecido. En ese sentido, si solo se devuelve el monto del empobrecimiento, se tornaría nugatoria la reparación integral, principio de origen convencional y constitucional ligado a la justicia y la equidad como fundamentos axiológicos del orden jurídico. La tesis del Consejo de Estado luce más contradictoria si se tiene en cuenta que según esta, el medio procesal para hacer efectiva la pretensión de reconocimiento del enriquecimiento sin causa es el de reparación directa con el que precisamente se busca reparar.

Lo que propone la presente investigación es un enfoque jurisprudencial diferente que aborde la posibilidad de que pueda darse un verdadero tratamiento autónomo y no disfrazado o encadenado en sus efectos a la *actio in rem verso* para que además del reconocimiento compensatorio propio del enriquecimiento sin causa, al concedérsele tratamiento realmente autónomo, pueda acumularse con la pretensión de reparación directa en procura del reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales, ya que nada obsta para que sea tenido en cuenta como pretensión procesal independiente, abandonando la vieja creencia de que la naturaleza de la *actio in rem verso* debe ser subsidiaria sin ningún argumento jurídico válido que lo justifique, más allá del tecnicismo propio de los remotos orígenes de una institución civil que pretende adaptarse hoy al derecho administrativo.

Refuerza lo anterior, la innegable posibilidad en el ordenamiento jurídico actual que dicha pretensión de la *actio in rem verso* al ser considerada verdaderamente autónoma, pueda acumularse con la pretensión de reparación directa, con el fin de que pueda repararse e indemnizarse integralmente los perjuicios materiales e inmateriales en sede judicial, en caso de que, además de darse un empobrecimiento en virtud del hecho cumplido, se haya generado un daño antijurídico que el particular, actuando bajo la buena fe, no esté en la obligación de soportar. Nuestra postura descansa incluso sobre la base de que en las condiciones actuales de la normativa de la misma Ley 1437 de 2011 en su artículo 165, se prevé la posibilidad de acumular pretensiones siempre y cuando: el juez sea competente para conocer de todas, que las pretensiones no se excluyan entre sí como efectivamente puede ocurrir en la acumulación propuesta, que no haya operado la caducidad respecto de ninguna de ellas y que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

En esa medida, no existe inconveniente en cuanto a su ventilación ante el juez natural de la administración y si quedara alguna duda para aquellos sectores tradicionalistas que consideran que al no estar instituida explícitamente dicha acción en los medios de control previstos en los artículos 135 a 148 del CPACA no puede catalogarse como

pretensión independiente de la reparación directa, también es perfectamente ajustado a la Carta Política una propuesta de reforma legislativa que implemente dicha pretensión como uno de los medios de control judicial a la Administración Pública previstos en la Ley 1437 de 2011. Lo anterior no es estrictamente necesario en las condiciones actuales de acuerdo a la posibilidad de la acumulación de pretensiones propuesta en este trabajo; sin embargo, dicha reforma también contribuiría, en gran medida, a un mayor desarrollo y claridad legal del tema en procura de los derechos y garantías del colaborador de la administración en el marco de un Estado social de derecho.

## Bibliografía

- Aguiar Lozano, H. (2010). *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el Derecho Civil de las Obligaciones*. Ecuador.
- Alessandri, A. (2001). *Tratado de las obligaciones* (2ª. ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Barrera, C. (2010). *El Hecho Jurídico Lícito*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Barrientos Grandon, J. (2000). La actio de in rem verso en la literatura jurídica francesa, de Pothier a L'arrêt Boudier. *Revista de Historia del Derecho Privado*, (3), 43–148.
- Bohórquez, C. (2014). *El enriquecimiento sin causa en el derecho civil y administrativo: origen y evolución de la actio in rem verso*. Universidad Sergio Arboleda.
- Coaguila Soto, C. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Universitas*, 520–576.
- Código de Comercio. 1971. Decreto 410 de 1971. Marzo 27 de 1971 (Colombia).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Enero 18 de 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto*

*General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993.*

Congreso de la República de Colombia. *Ley 57 de 1887. Por la cual se expide el Código Civil.*

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 2011. Radicado 11001-03-15-000-2010-01055-00).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 17 de abril de 1996.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 1996. Radicado 811.

Consejo de Estado. Sección Primera. 2012. Radicado 25000-23-15-000-2011-00213-01).

Consejo de Estado. Sección Tercera. 1990. Radicado 5579.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 1991. Radicado 5876.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 1995. Radicado 8118.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2007. Radicado 14669.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2007. Radicado 15469.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2007. Radicado 15549.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2008. Radicado 15116.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2012. Radicado 24897.

Consejo de Estado, Sección tercera, 2022 Radicado 56891.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2009. Radicado 35026.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 2006. Radicado 25.662.

Constitución Política de Colombia. 1991. Legis S. A.

Contraloría General de la República. Radicado OJ-0241-2017

Cornu, L. (1991). La confianza en las relaciones pedagógicas. *Construyendo un Saber*, 19–26.

Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C –197 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T – 364 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C–730 de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC de 19 de noviembre de 1936.

Corte Suprema de Justicia. 2001. Sentencia 6146.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 2012. Radicado 540001-3103-006-

1999-00280-01.

De los Mozos, J. (1965). *El principio de buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho Civil Español)*. Editorial Bosch.

Decreto 1082 de 2015. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. 26 de Mayo de 2015

Diez Picazo y Ponce de León, L. (2011). *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Grupo Editorial Ibáñez.

Garrido Falla, F. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Conclusión*. Tecnos.

Henao Pérez, J. (1998). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En *La responsabilidad extracontractual del Estado* (pp. 32–117). Universidad Externado.

Ibagón, M. (2013). Enriquecimiento sin causa. Acción de "*in rem verso*". En *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Universidad Externado de Colombia.

Ivanega, M. (2011). Reflexiones acerca de la confianza legítima y la buena fe. Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. 15 de agosto de 1887.

- López, M. (2009). *El enriquecimiento sin causa en el Derecho actu..a (las posibilidades y los límites de un instituto controversial)*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade La Coruña.
- Monsalve Caballero, V. (2008). La Buena Fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho*, (30), 30–74.
- Neme, 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 Externado*, (17), 45–76.
- Palacio Hincapié, J. (2014) *La contratación de las entidades estatales* (7ª ed.). Sanchez R.LTDA
- Quinche Ramírez, M. (2018) *Derecho constitucional colombiano*. (6ª ed.). Temis.
- Rondón, H. (1998). El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano. En *B. I. Ponencias Venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, El derecho venezolano a finales del Siglo XX* (p. 315 y ss.). Caracas.
- Ruiz, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus orígenes*. (2ª ed.). ECOE Ediciones.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta *Vniversitas*, (108), 282–315.
- Tamayo, A. (2005). *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes*. (6ª ed.). Temis.

Useche Perdomo, J. (2014). El enriquecimiento sin causa y la responsabilidad estatal en Colombia. Universidad Santo Tomás.