

RECURSO DE APELACION EN SEGUNDA INSTANCIA - Apelante único. Parte demandada / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación

Teniendo en cuenta que el a quo condenó al Municipio de Arauca a pagar \$109'395.754 -correspondiente a los servicios de seguridad y vigilancia prestados desde el 5 de enero hasta el 27 de mayo de 1998-, la entidad se mostró inconforme con la decisión, y su recurso de apelación pretende que se revoque. La Sala entiende que por tratarse de apelante único la condena no podrá hacerse más gravosa, en aplicación del principio de la no reformatio in pejus, que enseña que "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones." –art. 357 CPC- Esta disposición, en todo caso, tiene fundamento en el inciso segundo del art. 31 de la Constitución Política, que dispone: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 31 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION - Oportunidad

La parte actora, en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita que se adicione la condena, en los siguientes aspectos: que se ordene el pago de la indemnización por otros daños recibidos por la empresa Seguridad Ciudadana Ltda., y que se condene al pago de las costas de la primera instancia. (...) Esta solicitud, planteada fuera de tiempo -hay que aclararlo-, encubre una pretensión que sólo se podía formular a través del recurso de apelación, porque contiene una manifestación de inconformidad con la decisión del tribunal, a quien -por cierto- la actora se la formuló en su momento, bajo la forma de solicitud de una adición de la sentencia, pero le fue negada. Por esta razón, si el actor no quedó conforme con la decisión, tenía la carga procesal de apelar estos dos aspectos de la sentencia que no lo favorecieron, para otorgarle competencia a esta Sala. Como no lo hizo, la causa petendi de la apelación quedó integrada, exclusivamente, por lo que planteó la demandada, de allí que se entiende que la demandante quedó conforme con lo resuelto, actitud que es perfectamente admisible, cuando la providencia convence a quien litiga, sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.

EJECUCION DE OBRAS EXTRAS SIN CONTRATO ADICIONAL - La mera liberalidad del contratista no compromete la responsabilidad de la administración

Lo que esta Corporación ha establecido es que la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 18082.

SUPUESTO DE LA CIRCUNSTANCIA PRIMERA PARA APLICAR LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo

En sentido contrario al citado –pero no a su jurisprudencia-, la Sección Tercera ha establecido que cuando la administración sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron. Esta posición busca conducir la teoría del enriquecimiento sin causa a un justo medio, que haga responsable sólo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro. Si existe pura liberalidad, incluso engaño o dolo del particular, entonces éste debe asumir el perjuicio; pero si la entidad pública es quien incita, provoca y en general se dispone a recibir un beneficio -con mayor razón cuando se compromete a legalizar en el inmediato futuro la situación-, debe pagar el costo del trabajo que recibe. En sentencia más reciente, la Sala Plena de la Sección Tercera señaló que la posibilidad de ordenar la compensación por enriquecimiento sin causa se circunscribe, entre otros, a los siguientes tres supuestos, con los cuales el ponente del caso sub iudice está parcialmente de acuerdo –ver salvamento parcial de voto a dicha providencia-, porque considera que además de esos casos existen otros igualmente evidentes (...)“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. “Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes: a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.

CONFIGURACION DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Seguridad Ciudadana Ltda. Y Municipio de Arauca / APLICACION DE LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Cumplimiento de supuestos de la circunstancia primera / CONFIGURACION DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Cumplimiento de supuestos

La Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2.012, que exige para la configuración del enriquecimiento sin causa

que "... se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo"; lo que en el caso concreto se presentó, de lo cual no hay duda –las pruebas se analizaron antes- fue el municipio quien condujo al contratista a mantener la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, que es una actividad absolutamente sensible para ella: la protección de sus bienes, su infraestructura y sus funcionarios. Lo "fehaciente" o "evidente" del hecho está demostrado, porque las pruebas indican, con claridad, que el contratista pidió insistentemente al municipio, antes y durante la prestación del servicio, que se legalizara la situación para mantenerse en los puestos de trabajo, pero la entidad no lo hizo, haciendo que todos los días tuviera que atender los puestos de trabajo, con el riesgo de retirarse y asumir las consecuencias negativas que se derivaran del abandono del lugar. (...) no se advierte la culpa del contratista, pero sí la presión material que ejerció la entidad sobre aquél, pues su intención declarada fue ayudar en el grave problema que tenía la administración: una alcaldesa recién posesionada, sin contrato de vigilancia para los bienes y el personal de la entidad. La culpa y responsabilidad del municipio, en cambio, es evidente. De esta manera, la alcaldesa impuso al contratista, de facto o por la fuerza de los hechos, mantenerse en los puestos de trabajo, para proteger los bienes de la institución, porque es evidente que si se retiraba el personal de vigilancia, las consecuencias negativas sobre el patrimonio y la integridad de los mismos era evidente. (...) la entidad sí le impuso al contratista la ejecución del trabajo, con posterioridad a la terminación del negocio jurídico que habían celebrado, presión que, sin duda, se ejerció en virtud de lo sensible y delicados que eran los bienes que quedarían abandonados, ya que la entidad no podía permitir que se dañaran o deterioraran con su desamparo.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Medios probatorios

En relación con los medios probatorios del enriquecimiento de la entidad y del empobrecimiento del contratista, la prueba es evidente, porque si se estableció que éste puso diez puestos de vigilancia a favor de aquél, riñe con la lógica negar que el uno se empobreció –porque Seguridad Ciudadana Ltda., dejó de recibir un dinero por su trabajo- y que el otro se enriqueció –toda vez que dejó de pagar un servicio recibido-. En este aspecto tampoco se le concede la razón al apelante. Ahora bien, si de lo que se trata es de discutir que no se demostró el monto del enriquecimiento del municipio, y por tanto del empobrecimiento del actor, para concluir que por eso no se configuró el enriquecimiento sin causa que protegió el tribunal, es necesario mirar las pruebas que obran en el expediente sobre el particular.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Cuantificación del perjuicio. Cálculo. Fórmula / CUANTIFICACION DEL PERJUICIO OCASIONADO POR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Dedución de impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se le descontaban a las cuentas de cobro o facturas que presentaba el contratista durante la ejecución del contrato

Se cae de su peso pensar siquiera que el contratista no tiene derecho a recibir ninguna suma de dinero, en razón a que el perjuicio que recibió es evidente, y negarlo sería absurdo. Para cuantificar el daño, el a quo y el Ministerio Público se apoyaron en un balance del señor Rafael Orozco, contador público que presta sus servicios a la parte actora, donde consta que la deuda del municipio, por los meses a que nos venimos refiriendo, ascendía a la suma de \$109'395.764. La Sala, sin embargo, no comparte esta manera de cuantificar el perjuicio, y optará por otro sistema, que parece más fiel y ajustado al mercado del momento. Sencillamente tomará el valor de este mismo servicio en el contrato que estuvo vigente entre las partes hasta el 4 de enero de 1998, teniendo en cuenta que era idéntico en cuanto a los lugares de trabajo y a los puestos que la empresa de seguridad puso a disposición del municipio pasado ese día. Es así como, se tiene que el contrato No. 116 de 1997 tuvo una duración de 257 días, contados a partir del 23 de abril de 1997, y vencían el 4 de enero de 1998 –Cl. tercera, a fl. 23, cdno. 1-. Así mismo, tuvo un valor total de \$163'317.020 –Cl. cuarta, a fl. 24, cdno. 1-, de allí que el valor día correspondiente a los 10 puestos de trabajo era de \$635.474,78. Ahora bien, si tenemos en cuenta los días de ejecución sin contrato, esto es, desde el 5 de enero hasta el 27 de mayo de 1998, tendremos que la sociedad Seguridad Ciudadana Ltda., prestó el servicio durante 143 días. En cuanto al valor, la Sala entiende que para el nuevo año debió tener un incremento, que en equidad se tasa en el 6%, de allí que aplicados a los \$635.474,78, arroja la suma de \$673.603,26, correspondiente a los 10 puestos de trabajo para el nuevo año. Al multiplicar este último valor por los 143 días en que estuvo la parte actora al servicio del municipio, sin contrato, entonces ha debido pagarle \$96'325.267. Por esta razón, al resultar inexplicable que el a quo condenara al municipio a pagar \$109'395.764, porque carece de soporte en los valores que venía pagando a la misma empresa de vigilancia, se modificará la condena, e impondrá en esta instancia la suma de \$96'325.267, que se debe actualizar según la siguiente fórmula: (...) De este valor, el municipio debe deducir los mismos impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se le descontaban a las cuentas de cobro o facturas que presentaba el contratista durante la ejecución del contrato. De no hacerlo, y si acaso este objeto contractual estaba gravado con algún impuesto nacional o territorial, se enriquecería ahora el contratista, porque recibiría un dinero neto, sin los descuentos que habría tenido que pagar, si se hubiera celebrado el contrato en forma normal.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero y Salvamento de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045)

Actor: SEGURIDAD CIUDADANA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el quince (15) de junio de 2.000, por el Tribunal Administrativo de Arauca -fls. 223 a 248, cdno. ppal.-, mediante la cual resolvió:

“1. Declarar que se presentó enriquecimiento sin causa por parte del municipio de Arauca y en contra de la Sociedad SEGURIDAD CIUDADANA LTDA.”

“2. En consecuencia, ordénese como reparación del daño, el pago de la suma de... (109'395.754), correspondiente a los servicios de seguridad y vigilancia prestados desde el 5 de enero al 27 de mayo de 1998, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
(...)

“5 Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

Se formularon, entre otras, las siguientes pretensiones principales –fls. 2 a 4, cdno. 1-: i) que se declare la responsabilidad del municipio de Arauca, con motivo de la falta de pago del servicio de vigilancia que le prestó el actor, desde el 5 de enero al 27 de mayo de 1998; y ii) que se condene a pagar al Municipio la suma de \$109'395.754.

Como fundamento de estas súplicas se narraron los siguientes hechos: el municipio de Arauca adelantó una licitación pública para contratar el servicio de vigilancia, proceso que le adjudicó a la empresa Seguridad Ciudadana Ltda.

Cuando venció el plazo del contrato, el municipio le pidió al contratista que continuara prestando el servicio con los mismos 10 puestos de trabajo durante 24 horas al día, por el valor acordado inicialmente, más el reajuste correspondiente al año 1.998.

Por esta razón se prestó el servicio entre el 5 de enero de 1998 y el 27 de mayo del mismo año, no obstante la entidad no canceló su valor. En ese interregno, el

contratista hizo el esfuerzo -ante la entidad- de legalizar la situación, pero no fue posible, pese a que lo continuó prestando. Estos hechos constan en las certificaciones que dieron los mismos funcionarios del municipio, lo que acredita su ocurrencia.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Arauca negó algunos hechos, y exigió que se demuestre la mayoría. Sin embargo, en lo esencial, admitió que la empresa de seguridad privada prestó el servicio de vigilancia, después de que venció el plazo del contrato adjudicado mediante licitación pública, además de que tampoco ha negado la deuda, aunque se opone a la pretensión que reclama el pago de daños y perjuicios, y con mayor razón el de los morales –fls. 77 y 80, cdno. 1-.

3. Llamamiento en garantía

El Ministerio Público solicitó que se llame en garantía a la alcaldesa de Cúcuta de la época de los hechos, doctora Iliana Josefina Baroni Colmenares, solicitud aceptada por el tribunal administrativo –fls. 4 a 7, cdno. 1-.

Al contestar la demanda, la señora Baroni manifestó que la prestación del servicio de vigilancia, con posterioridad al 4 de enero de 1998 -fecha en que venció el contrato que estaba en ejecución-, se hizo sin su conocimiento, pues sólo el 27 de enero siguiente la empresa le presentó una cotización para seguir prestándolo.

Además de lo anterior, y al margen de este aspecto, pide que no se pierda de vista que en condición de alcaldesa inició su período de gobierno el 1 de enero de 1998 y que era su deber resguardar los bienes de la entidad, los cuales habrían quedado desprotegidos y a merced de los ladrones sino se garantizaba su vigilancia, muchos de ellos ubicados en zonas de la ciudad, por demás, bastante inseguras.

Incluso, asegura que el municipio trató de conciliar el valor de la prestación del servicio –en la instancia prejudicial-, pero la justicia no aprobó el acuerdo, de modo que esto ha hecho más difícil y onerosa la solución.

Por estas razones pretende mostrar que tampoco existió dolo ni culpa grave en su actuación como alcaldesa –fl. 11 a 18, cdno. 1-.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Alegatos de la parte actora –fls. 203 a 209, cdno. 1-. Reiteró que prestó el servicio de vigilancia, por solicitud de la alcaldesa de Cúcuta, pero que no le fue pagado, hecho que confirma la señora burgomaestre en declaración rendida en el proceso.

4.2. Alegatos de la llamada en garantía –fls. 210 a 216, cdno. 1-. Reiteró, en lo esencial, los argumentos expuesto al contestar la demanda, pero soportándolos en las pruebas practicadas hasta ese momento del proceso.

4.3. Alegatos del Municipio de Arauca –fls. 217 a 221, cdno. 1-. Iteró los argumentos expuesto al contestar la demanda, e insistió, con especial énfasis, en que no está probado que la alcaldesa le hubiera solicitado al contratista que continuará prestando el servicio de vigilancia, después del 4 de enero de 1998.

Por tal razón, si el actor continuó prestando el servicio lo hizo a riesgo propio, es decir, con culpa o negligencia, teniendo en cuenta que su intención fue presionar a la entidad con el fin que le suscribiera un nuevo contrato –para mantenerse después de vencido el que estaba perfeccionado-, cuando no era posible hacerlo. Sin embargo, acepta que la demandante sí prestó el servicio de vigilancia –fls. 218 y 219-, pero que no acreditó la existencia de un daño indemnizable.

4.4. El Ministerio Público no emitió concepto.

5. La sentencia de primera instancia

En providencia del 15 de junio de 2.000, el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda –fls. 223 a 248, cdno. ppal.-. Declaró la responsabilidad patrimonial del Municipio de Arauca, por enriquecimiento sin causa, porque halló demostrado que el actor sí prestó el servicio de vigilancia en las instalaciones de propiedad de la alcaldía, sin contrato escrito, entre el 5 de enero y el 27 de mayo de 1998, y que ésta no hizo nada para oponerse a esa prestación, lo que significa que consintió el hecho.

Además encontró demostrado el beneficio que recibió la entidad estatal, es decir, su enriquecimiento, así como la relación de causalidad entre el hecho anterior y éste. Por esta razón, condenó a pagar la suma de \$109'395.754 -aún sin actualizar-.

Finalmente negó el llamamiento en garantía, porque no se demostró que la alcaldesa hubiera actuado con dolo o culpa grave, pues en el proceso no existe prueba de esta conducta intencional.

Contra esta decisión, la parte actora interpuso una solicitud de adición de la sentencia, con el propósito de que se accediera a la indemnización de perjuicios y a la condena en costas del proceso –fls. 265 a 268, cdno. ppal.-. El *a quo* resolvió mediante providencia del 3 de agosto de 2000, pero no accedió a la solicitud –fls. 272 a 276, cdno. ppal.-

6. El recurso de apelación

Lo interpuso el Municipio de Arauca –fls. 277 a 282, cdno. ppal.-. Asegura que el actor no demostró que la alcaldesa le hubiera impartido la orden de prestar el servicio de vigilancia, después del 4 de enero de 1998, siendo esta “la prueba reina” de todos los hechos.

De esta idea se sigue, lógicamente, que el contratista prestó el servicio por su cuenta y riesgo, incluso de manera reprochable, porque aprovechó las circunstancias fácticas –estar en ejecución de un contrato- para seguir desarrollando las mismas prestaciones pero sin contrato, a sabiendas de ello.

De otro lado, tampoco halló demostrado el daño que el *a quo* afirma recibió el actor, ni la prueba de la prestación del servicio, ni la del número de puestos de trabajo atendidos por la empresa de vigilancia, al igual que el valor del perjuicio - porque el monto de la condena fue el que señaló el demandante-.

En estos términos, imputa a la culpa exclusiva del contratista la ocurrencia de los hechos, y por eso debe asumir la responsabilidad. A lo sumo, en gracia de discusión, propone que sea compartida.

Finalmente, asegura que no se demostró el enriquecimiento del municipio, ni el empobrecimiento del actor, y que por eso no se configuró la existencia de la institución que protegió el tribunal.

7. Los alegatos de conclusión

Ambas partes alegaron de conclusión, en sentido coincidente a las ideas que cada una manifestó a lo largo del proceso.

No obstante, se aclara que la parte actora, además de defender el sentido del fallo apelado, introdujo razones de inconformidad con la sentencia, pese a que no la apeló. Concretamente, solicita que se adicionen los mismos aspectos que le propuso al *a quo*, es decir: que se ordene el pago de la indemnización por otros daños recibidos, y que se condene al pago de las costas –fls. 305 a 310, cdno. ppal.-.

8. Concepto del Ministerio Público

Solicitó que se confirme la decisión, porque está demostrado que el municipio de Arauca recibió -de la parte actora- el servicio de vigilancia privada, entre los días 5 de enero y 27 de mayo de 1998, con 10 puestos de trabajo, y al no pagar por esta prestación se produjo un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad y en contra del actor.

Agregó que la actitud permisiva del municipio, en relación con los hechos de la demanda, es prueba suficiente de su conocimiento oportuno, y acreditan la aceptación de la manera como se estaban presentando, y esto compromete su responsabilidad en la causación de los mismos, porque al no impedir que ocurrieran los admitió y consintió –fls. 311 a 320, cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

El litigio *sub iudice* se circunscribe a determinar si la parte actora prestó o no al Municipio de Arauca el servicio de vigilancia privada, sin contrato perfeccionado, durante el lapso comprendido entre el 5 de enero de 1998 y el 27 de mayo del mismo año, y además –en caso de que lo anterior esté probado- si esa circunstancia es imputable a la entidad estatal, a título de enriquecimiento sin

causa, o si el hecho obedeció a la culpa grave del contratista, y por ende debe asumir las consecuencias patrimoniales de su comportamiento reprochable.

Para resolver el conflicto, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* primero hará una precisión sobre el alcance y la competencia para decidir el recurso de apelación, y *ii)* luego analizará, de manera conjunta, los hechos probados en el proceso y el caso concreto. Advierte la Sala que se confirmará la sentencia apelada, pero se modificará el valor de la condena.

1. Precisión sobre el alcance y la competencia para decidir el recurso de apelación.

Teniendo en cuenta que el *a quo* condenó al Municipio de Arauca a pagar \$109'395.754 -correspondiente a los servicios de seguridad y vigilancia prestados desde el 5 de enero hasta el 27 de mayo de 1998-, la entidad se mostró inconforme con la decisión, y su recurso de apelación pretende que se revoque.

La Sala entiende que por tratarse de apelante único la condena no podrá hacerse más gravosa, en aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*, que enseña que “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.” –art. 357 CPC- Esta disposición, en todo caso, tiene fundamento en el inciso segundo del art. 31 de la Constitución Política, que dispone: “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

Sin embargo, la parte actora, en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita que se adicione la condena, en los siguientes aspectos: que se ordene el pago de la indemnización por otros daños recibidos por la empresa Seguridad Ciudadana Ltda., y que se condene al pago de las costas de la primera instancia – fls. 305 a 310, cdno. ppal.-.

Esta solicitud, planteada fuera de tiempo -hay que aclararlo-, encubre una pretensión que sólo se podía formular a través del recurso de apelación, porque

contiene una manifestación de inconformidad con la decisión del tribunal, a quien - por cierto- la actora se la formuló en su momento, bajo la forma de solicitud de una *adición de la sentencia*, pero le fue negada.

Por esta razón, si el actor no quedó conforme con la decisión, tenía la carga procesal de apelar estos dos aspectos de la sentencia que no lo favorecieron, para otorgarle competencia a esta Sala. Como no lo hizo, la *causa petendi* de la apelación quedó integrada, exclusivamente, por lo que planteó la demandada, de allí que se entiende que la demandante quedó conforme con lo resuelto, actitud que es perfectamente admisible, cuando la providencia convence a quien litiga, sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.

2. los hechos probados en el proceso y el caso concreto

La consecuencia jurídica de ejecutar una prestación –sea una obra, un bien o un servicio- sin que exista contrato estatal, o que habiéndolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que en tal caso no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino que se debate el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo, que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones presentadas contra la entidad pública que se beneficia de la prestación.

Este es el contexto en el que la Sala analizará los aspectos apelados, teniendo en cuenta que el litigio se circunscribe a un asunto muy concreto: la prestación o no, por parte del actor, del servicio de vigilancia al municipio de Arauca, durante el período comprendido entre el 5 de enero y el 27 de mayo de 1998, con anuencia de la entidad. La Sala analizará los hechos en que su fundamenta este proceso, para inferir, a partir de allí, la intencionalidad de las conductas que se comentan.

En primer lugar, las partes aceptan que entre ellas se suscribió un contrato de vigilancia sobre distintas instalaciones de propiedad del municipio, que fue producto de un proceso de licitación pública, y cuyo plazo venció el 4 de enero 1998 –fls. 23 a 25 del cdno. 1-.

Pero el actor afirma en su demanda que con posterioridad continuó prestando el servicio –desde el 5 de enero hasta el 27 de mayo de 1998-, por solicitud de la alcaldesa, pero que no le pagaron este tiempo, pese a que incurrió en los gastos propios de la actividad de vigilancia, en favor del municipio.

Para la entidad pública, la ausencia de prueba de la solicitud que presuntamente hizo la alcaldesa de Arauca a la sociedad Seguridad Ciudadana Ltda., es la única que puede justificar la condena a la entidad, y como no está demostrado se debe revocar la decisión. Sin embargo la Sala no comparte esta idea, porque no existe la tarifa legal que sugiere la demandada, cuando se trata de demostrar la existencia de un enriquecimiento sin causa.

De otro lado, lo que esta Corporación ha establecido es que la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad. En este sentido, manifestó recientemente esta misma Subsección –sentencia de octubre 19 de 2011. Rad. 18.082. CP. Enrique Gil Botero-:

“3.1. La ejecución de las obras extras, sin contrato adicional

“Con fundamento en las pruebas relacionadas, la Sala observa que el actor no demostró que la entidad pública haya propiciado, insinuado o exhortado al contratista a que adelantara las obras no pactadas en el contrato, de manera que por este sólo aspecto la sentencia apelada tendrá que modificarse, porque el *a quo* condenó al pago de una parte de estos trabajos, sin que estuviera acreditado que la entidad sugiriera su ejecución.

“Por el contrario, en el expediente reposan documentos suscritos por funcionarios de la entidad que niegan estos hechos. Por ejemplo el “Informe contrato No. 105 de 1989”, donde se hace una valoración de la “obra no prevista con precios sometidos a estudio por parte del comité no autorizada pero ejecutada por el contratista a riesgo” –fl. 226-, así mismo, la comunicación dirigida por el Interventor de la obra al Subdirector de Construcciones –donde le manifiesta que cualquier suma de dinero que supere el valor del contrato se ejecuta a riesgo del contratista (fl. 234, cdno. 1)-, lo que manifiesta que estos trabajos no fueron ordenados, ni siquiera verbalmente, por la entidad o su interventor.

“De hecho, en el folio 280 del cdno. 1 obra la comunicación del 20 de febrero de 1990, en que se apoya la antes citada, dirigida por el Interventor al contratista, en la que le manifiesta:

“ ‘Cordialmente solicito a usted ajustar al inversión de la obra de la referencia al valor suscrito en el contrato inicial, o sea hasta la suma de \$33'238.665; cualquier suma que sobrepase el valor antes mencionado será asumido a su costa sin ningún perjuicio para el IDU.’

“Esta carta, repárese bien, tiene fecha anterior a la terminación del contrato -casi tres meses antes-, de manera que advertía al contratista, con anticipación, la consecuencia de exceder el valor del contrato, de modo que pudo ajustar la ejecución de las obras a esta admonición, pero no lo hizo, exponiéndose imprudentemente a la situación que se viene analizando.

“Claro está que el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de ‘obras indispensables’ para el desarrollo del contrato. Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.

“Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones.

“En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

“Así, entonces, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás.

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que no está demostrado que el IDU hubiera consentido la ejecución de las mayores cantidades de obras, y el hecho de que admita -incluso ahora- que se ejecutaron, no significa que las haya autorizado cuando debía. De la misma manera, la circunstancia de haber estudiado la posibilidad jurídica y financiera de reconocerlas, no significa que las haya consentido en el momento en que se ejecutaron.

“Y es que el contratista –se insiste, salvo insinuación demostrada de la entidad- no puede actuar unilateralmente y crear obligaciones económicas para el Estado, que requerían de un contrato previo. De ser así, los acuerdos no se necesitarían para que las obligaciones nacieran en el derecho.

“En estos términos, resulta injustificado el comportamiento del contratista, quien estando advertido por el IDU de que los valores que excedieran el monto del contrato inicial no estaba dispuesto a pagarlos, en todo caso los excedió casi en el 50% -según su valoración de las obras adicionales- y le presentó las facturas de cobro con la esperanza de que se le cancelaran.

“Entre otras cosas, la Sala echa de menos la prueba de la participación culpable de la entidad en la instrucción o petición al contratista para que ejecutara algunos trabajos que estaban por fuera de lo acordado. El actor debió demostrar esto en el proceso. Por el contrario, lo único que está probado es que la entidad le pidió, rotundamente, que no excediera el valor del contrato, no obstante lo hizo.

“En gracia de discusión, se dirá que el Interventor toleró la ejecución de trabajos adicionales, y que no se opuso a ellos, y que de esta manera se acredita la incidencia culpable del IDU en los hechos -declaración que obra a folios 86 a 93, cdno. 3-. Sin embargo, esta perspectiva de análisis exige una precisión para desvirtuar el esfuerzo de imputar a la entidad la responsabilidad de los hechos: en primer lugar, que está claro que un interventor no tiene la posibilidad de modificar las obligaciones de un contrato, porque su obligación dentro de él se reduce a inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones técnicas pactadas inicialmente –cláusula 11 del contrato, a folio 65 del cdno. 1-; y en segundo lugar, porque el contrato sólo puede adicionarse mediante la suscripción de otro, donde las partes iniciales acuerdan el nuevo alcance de las obligaciones; lo que no sucedió en el caso concreto. Todo esto al ratifica en su testimonio el interventor de la obra, ingeniero Jorge Alberto Pineda, que no admite haber consentido la ampliación del alcance del contrato, y que por el contrario le aclaró al contratista que no podía exceder su valor –fl. 90, cdno. 3-

“Por el contrario, sólo se encuentra demostrado que al contratista se le advirtió que no excediera el valor inicial, no obstante lo hizo, apoyado en la idea de que las obras ejecutadas eran “indispensables”, lo que no discute la Sala, porque perfectamente lo eran, sólo que eso no autoriza comprometer al contratante en sumas que superan las que acordó con el contratista. Sencillamente, a éste

le faltó el cuidado mínimo para no realizar más obras de las que estaba obligado a construir, o por lo menos en montos que excedían los del valor inicial.

“De algún modo, la parte actora cree que le bastaba acreditar que se ejecutó una obra adicional, para que surja la obligación del Estado de pagar; lo que es incorrecto, porque si bien la Sala no duda de la existencia de las obras -con lo que se separa del testimonio del interventor, que incurre en contradicciones al responder las preguntas relacionadas con la ejecución material de estas; y en cambio le concede credibilidad (en este punto) a lo que afirmó el señor Guillermo Alfonso Triana, en relación con la ejecución total de las obras extras (fl. 104)-, lo cierto es que se ha debido acreditar la autorización o solicitud de la entidad para hacerlas, y es ahí donde reside el estudio adecuado de la responsabilidad que puede surgir en casos como este.

(...)

Obsérvese que a diferencia de otros eventos, donde esta Sección ha condenado al Estado a pagar perjuicios de esta naturaleza, por configurarse la teoría del enriquecimiento sin causa, el caso *sub iudice* difiere sustancialmente, porque se encuentra demostrado que el contratista ejecutó trabajos que excedieron el valor pactado, a pesar de que con anticipación se le advirtió que no incurriera en esa situación, no obstante lo cual lo hizo, y debe entenderse que bajo su responsabilidad.

“Esto, no obstante que la parte actora echa de menos que la interventoría no se opuso a la ejecución del contrato –lo que intenta usar para mostrar que de esta manera también autorizó los trabajos-, porque en realidad se trata de una perspectiva equivocada en la manera de analizar el problema: lo que el contratista necesitaba era una autorización para ejecutar las obras, no que el interventor no se opusiera a ellas, además de que en ahora no puede dejarse de lado la carta donde se indicó que no se excediera del valor del contrato.”

En sentido contrario al citado –pero no a su jurisprudencia-, la Sección Tercera ha establecido que cuando la administración sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron.

Esta posición busca conducir la teoría del enriquecimiento sin causa a un justo medio, que haga responsable sólo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro. Si existe pura liberalidad, incluso engaño o dolo del particular, entonces éste debe asumir el perjuicio; pero si la entidad pública es quien incita, provoca y en general se dispone a recibir un beneficio -con mayor razón cuando se compromete a legalizar en el inmediato futuro la situación-, debe pagar el costo del trabajo que recibe.

En sentencia más reciente, la Sala Plena de la Sección Tercera señaló que la posibilidad de ordenar la compensación por enriquecimiento sin causa se circunscribe, entre otros, a los siguientes tres supuestos, con los cuales el ponente del caso *sub iudice* está parcialmente de acuerdo –ver salvamento parcial de voto a dicha providencia-, porque considera que además de esos casos existen otros igualmente evidentes, pero para los efectos de esta providencia uno de ellos –el primero- es suficiente para condenar al municipio, lo que exime de sostener un debate que no cabe en el caso concreto. Dispuso la Sala Plena en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP: Jaime Orlando Santofimio-:

“**12.2.** Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“**Esos casos en donde**, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, **serían entre otros los siguientes:**

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

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

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

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra demostrado que entre el 5 de mayo y el 27 de mayo de 1998 la empresa Seguridad Ciudadana Ltda., prestó el servicio de vigilancia al municipio de Arauca. Este hecho, incluso, fue admitido por la entidad, en la contestación de la demanda, pero no así en los alegatos de conclusión, donde un nuevo apoderado judicial de ella pretende desconocer la contestación de los hechos realizada en su debida oportunidad. A la Sala le ofrece convicción la primera posición, porque se percibe transparente, suelta y desprovista de prevención, no así los alegatos de conclusión.

Sin embargo, a pesar de ser suficiente la posición de la entidad, para dar por acreditado este hecho, no sobra destacar que a folios 40 a 42 del cdno. 1, la Secretaria de Asuntos Administrativos –señora María Lola Hernández- hizo constar que entre el 5 de enero de 1998 y el 27 de mayo del mismo año, la empresa Seguridad Ciudadana Ltda. prestó el servicio de vigilancia en diferentes instalaciones de la alcaldía.

En igual perspectiva, para abundar en pruebas que acreditan el mismo hecho, en el folio 39 del cdno. 1 obra otro informe suscrito por el nuevo Secretario de Asuntos Administrativos, donde también hizo constar, en sentido coincidente al anterior:

“Que la empresa SEGURIDAD CIUDADANA LTDA., prestó el servicio de vigilancia al municipio de Arauca; desde el 5 de enero al 27 de mayo de 1998...”

“OBSERVACIONES: Esta Empresa venía prestando el servicio de vigilancia mediante contrato # 116 del 21 de abril de 1997 hasta el 4 de enero de 1998, de conformidad con los términos pactados para este fin.”

En esto términos, la existencia del hecho no admite discusión, atendiendo a las pruebas que provienen de la misma entidad pública.

Claro está que con posterioridad –especialmente en el recurso de apelación- el municipio puso en duda la acreditación del número de puestos de trabajo que en realidad estuvieron a disposición en las instalaciones del municipio. No obstante, una vez más, la prueba del hecho resulta incontrovertible, porque el Secretario de Asuntos Administrativos manifestó, en la última certificación citada, que la prestación del servicio se hizo:

“... con 10 puestos por 24 horas, distribuidos de la siguiente manera: Alcaldía portería principal 2 puestos; Tesorería Alcaldía 1 puesto, Parqueadero 1 puesto, Almacén municipal 1 puesto, CICAF 1 puesto, Taller Municipal 1 puesto, Velódromo 1 puesto y piscina con olas 2 puestos, para un total de 10 puestos.”

Esta prueba, que aportó el contratista en documento original, no sólo ofrece convicción por sí misma, porque proviene del funcionario de la alcaldía que tiene autoridad y conocimiento en el manejo del tema que certifica, sino que la entidad, al contestar la demanda, afirmó que “me acojo a las pruebas... aportadas por la parte demandante” –fl. 81, cdno. 1-, entre las cuales se encontraba ésta, de manera que desde ese momento aceptó la veracidad de lo que se certificaba.

Entre otras cosas, para fortalecer la prueba de este hecho, sirve de referente saber que estos puestos de trabajo eran los que tenía a disposición Seguridad Ciudadana Ltda., en el contrato que venció el 4 de enero de 1998. Esto es lo que establece la cláusula primera del acuerdo, que obra folio 23 del cdno. 1.

En estos términos, el apelante no sólo carece de razón, sino que intenta sembrar dudas en el juez y en el proceso, cuando la entidad ni siquiera las tuvo, actitud reprochable en el apoderado judicial, porque intenta negar lo aceptado en la oportunidad debida.

Ahora bien, en relación con la participación del municipio en la ocurrencia de los hechos –que también pone en duda el apelante-, la Sala insiste en que la manera de acreditarla no se reduce a la confesión de la alcaldesa del momento u otra prueba del mismo hecho. En su lugar, se encuentran otros medios suasorios que acreditan que la ejecución de las prestaciones no se hizo a espaldas de la entidad, sino con su anuencia y, sobre todo, necesidad inevitable de contar con este servicio, so pena de que se causaran daños irremediabiles para la entidad.

En este orden obra la comunicación dirigida por el actor a la alcaldesa del Arauca –con constancia de recibido de marzo 5 de 1998-, donde le recuerda que el servicio se viene prestando desde el 5 de enero, sin contrato, y por eso le pide que “imparta las instrucciones correspondientes para la legalización del servicio...” –fl. 33, cdno. 1-. Esto, sencillamente, demuestra el conocimiento que la entidad tenía de los hechos, lo que se confirma con la comunicación del 16 de marzo de 1998 – fl. 36- donde la empresa de seguridad le pide a la alcaldesa que le pague los meses durante los cuales han prestado el servicio sin contrato. Esta comunicación, es decir, el sentido de la misma, se reiteró el 23 de abril de 1998, lo que ratifica que se tuvo conocimiento de los hechos todo el tiempo.

Además, no es difícil inferir que la entidad estimuló al actor para que prestara el servicio de vigilancia con posterioridad al 4 de enero de 1998, sencillamente porque conocía los hechos, y los ratificaba todos los días, en la medida en que sus funcionarios –incluida la alcaldesa- ingresaban por las puertas que seguían al cuidado de los vigilantes de Seguridad Ciudadana. ¿Cómo es posible -se pregunta la Sala- que el contrato se haya vencido, y que la entidad no retirara los vigilantes de sus puertas? Esto sólo significa que necesitaba y quiso mantener el estado de cosas que existía hasta el 4 de enero. Negarlo es ir contra la realidad y la interpretación correcta de la manera como se desenvuelve la vida administrativa, incluidos los problemas que tienen que administrar.

No es difícil llegar a la conclusión de que la alcaldesa posesionada tan sólo tres días atrás del vencimiento del contrato de vigilancia que estaba en ejecución no podía dejar sin protección los bienes de la entidad, porque se lo prohíbe la legislación fiscal, así como las reglas de sana administración, de allí que no tuvo más opción que valerse del contrato de vigilancia que estaba en ejecución – porque no alcanzaba a celebrar un proceso de selección nuevo-, para mantener el orden y la seguridad en las instalaciones.

De ahí a imputarle oportunismo mal sano al contratista, cuando primero en el tiempo fue la entidad la necesitada de sus servicios, correspondería a un análisis desafortunado de la realidad de las cosas, pues si el municipio hubiera tenido resuelto el problema de seguridad no cabe la menor duda de que el actor no habría estado sin contrato ni un solo día en la entidad.

En estos términos, la Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2.012, que exige para la configuración del enriquecimiento sin causa que "... se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo"; lo que en el caso concreto se presentó, de lo cual no hay duda –las pruebas se analizaron antes- fue el municipio quien condujo al contratista a mantener la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, que es una actividad absolutamente sensible para ella: la protección de sus bienes, su infraestructura y sus funcionarios.

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

De hecho, al contestar la demanda, la alcaldesa del momento expuso sobre la culpa grave o el dolo que le imputó el Ministerio Público –con fines de repetición-, que:

"De todas maneras, bajo ninguna circunstancia se puede atribuir a la señora ILIANA BARONI como alcaldesa municipal... en razón a que de todas maneras durante ese período de tiempo de servicios que hoy reclama el demandante se preservaron y se cuidaron la mayoría de los bienes muebles e inmuebles que pertenecen al Municipio de Arauca, sobre todo en una zona de alto riesgo de desorden público, en donde incluso es de público conocimiento las graves amenazas de muerte que existen en contra de la citada ciudadana por miembros de Estado Social de derecho y de la ley, aspectos estos de los cuales tienen conocimiento las autoridades del orden y al Procuraduría Departamental de Arauca."

Añade inmediatamente a continuación, en relación con la inminente necesidad del servicio, so pena de que se causaron daños más graves, que "El dilema se puede presentar entre la escogencia de los formalismo de ley o más bien en el de la preservación de la garantía de la seguridad de los bienes del municipio a cargo, resguardo y protección de la Alcaldesa, e inclusive yendo mucho más allá en la

preservación de la vida y la integridad física no sólo de los servidores públicos del municipio, sino también de los transeúntes y visitantes que cotidianamente acuden a las instalaciones municipales.
(...)

A continuación añade que uno de los deberes constitucionales más importantes de las autoridades de la República es asegurar la vida honra y bienes de las personas, y que la ley 136 de 1994 atribuye esta misma función a los alcaldes, de allí que:

“La alcaldesa municipal de Arauca, dentro de sus funciones públicas, de todas maneras atendiendo la preservación de los bienes a su cargo, y por sobre todo al mantenimiento de la seguridad de los ciudadanos, en el sentido de preservar su integridad física y consecuentemente el derecho a la vida que asiste a todo ciudadano, que como se sabe en nuestro municipio diariamente se encuentra expuesta toda la ciudadanía de un momento a otro a recibir un ataque directo o indirecto de las personas u organizaciones al margen de la ley.” –fls. 14 a 16, cdno. 2-

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

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

En este orden de pensamiento, se considera que la entidad sí le impuso al contratista la ejecución del trabajo, con posterioridad a la terminación del negocio jurídico que habían celebrado, presión que, sin duda, se ejerció en virtud de lo

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

No está por demás señalar que es muy probable que el municipio no permitiría el retiro de los puestos de vigilancia, a partir del 4 de enero de 1998, porque se podía afectar el riesgo cubierto con los seguros de daños contratados por él, de manera que esto puso una presión adicional sobre el municipio, no sobre la empresa de vigilancia, que desde muy pronto exigió la legalización del contrato, hasta no aguantar más, pero sí advertir al municipio que resolvieran esa situación, de la cual no quería ni podía salir, porque corrían riesgos sus bienes y funcionarios.

De otro lado, en virtud de las pruebas analizadas hasta ahora -que ofrecen a la Sala Plena credibilidad de lo que hacen constar, porque incluso provienen de la parte demandada-, se echan de menos las que las desvirtúen, si acaso el municipio pretende que se revoque la sentencia, según lo pide en su recurso de apelación. Nada apoya la pretensión del recurrente, ninguna prueba pone en duda las que obran en el proceso, de manera que la Sala comparte la tesis a la que llegó el *a quo*, y que también defiende el Ministerio Público.

Finalmente, en relación con los medios probatorios del enriquecimiento de la entidad y del empobrecimiento del contratista, la prueba es evidente, porque si se estableció que éste puso diez puestos de vigilancia a favor de aquél, riñe con la lógica negar que el uno se empobreció -porque Seguridad Ciudadana Ltda., dejó de recibir un dinero por su trabajo- y que el otro se enriqueció -toda vez que dejó de pagar un servicio recibido-. En este aspecto tampoco se le concede la razón al apelante.

Ahora bien, si de lo que se trata es de discutir que no se demostró el monto del enriquecimiento del municipio, y por tanto del empobrecimiento del actor, para concluir que por eso no se configuró el enriquecimiento sin causa que protegió el tribunal, es necesario mirar las pruebas que obran en el expediente sobre el particular.

Sea lo primero señalar que se cae de su peso pensar siquiera que el contratista no tiene derecho a recibir ninguna suma de dinero, en razón a que el perjuicio que recibió es evidente, y negarlo sería absurdo. Para cuantificar el daño, el *a quo* y el Ministerio Público se apoyaron en un balance del señor Rafael Orozco, contador público que presta sus servicios a la parte actora, donde consta que la deuda del municipio, por los meses a que nos venimos refiriendo, ascendía a la suma de \$109'395.764.

La Sala, sin embargo, no comparte esta manera de cuantificar el perjuicio, y optará por otro sistema, que parece más fiel y ajustado al mercado del momento. Sencillamente tomará el valor de este mismo servicio en el contrato que estuvo vigente entre las partes hasta el 4 de enero de 1998, teniendo en cuenta que era idéntico en cuanto a los lugares de trabajo y a los puestos que la empresa de seguridad puso a disposición del municipio pasado ese día.

Es así como, se tiene que el contrato No. 116 de 1997 tuvo una duración de 257 días, contados a partir del 23 de abril de 1997, y vencían el 4 de enero de 1998 – Cl. tercera, a fl. 23, cdno. 1-. Así mismo, tuvo un valor total de \$163'317.020 –Cl. cuarta, a fl. 24, cdno. 1-, de allí que el valor día correspondiente a los 10 puestos de trabajo era de \$635.474,78.

Ahora bien, si tenemos en cuenta los días de ejecución sin contrato, esto es, desde el 5 de enero hasta el 27 de mayo de 1998, tendremos que la sociedad Seguridad Ciudadana Ltda., prestó el servicio durante 143 días. En cuanto al valor, la Sala entiende que para el nuevo año debió tener un incremento, que en equidad se tasa en el 6%, de allí que aplicados a los \$635.474,78, arroja la suma de \$673.603,26, correspondiente a los 10 puestos de trabajo para el nuevo año. Al multiplicar este último valor por los 143 días en que estuvo la parte actora al servicio del municipio, sin contrato, entonces ha debido pagarle \$96'325.267.

Por esta razón, al resultar inexplicable que el *a quo* condenara al municipio a pagar \$109'395.764, porque carece de soporte en los valores que venía pagando a la misma empresa de vigilancia, se modificará la condena, e impondrá en esta instancia la suma de \$96'325.267, que se debe actualizar según la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \times (\text{IPC final} - \text{diciembre de 2012})$$

IPC inicial – junio de 1998)

$$Va = \$96'325.267 \times \frac{(111,82)}{(51,03)}$$

$$Va = \$211'073.709$$

De este valor, el municipio debe deducir los mismos impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se le descontaban a las cuentas de cobro o facturas que presentaba el contratista durante la ejecución del contrato. De no hacerlo, y si acaso este objeto contractual estaba gravado con algún impuesto nacional o territorial, se enriquecería ahora el contratista, porque recibiría un dinero neto, sin los descuentos que habría tenido que pagar, si se hubiera celebrado el contrato en forma normal.

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

FALLA

Modifícase la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Arauca, el 15 de junio de 2.000, la cual quedará así:

Primero: Declarar que se presentó enriquecimiento sin causa por parte del municipio de Arauca y en contra de la Sociedad Seguridad Ciudadana Ltda.

Segundo: En consecuencia, ordénese como reparación del daño el pago de la suma de doscientos once millones setenta y tres mil setecientos nueve pesos (\$211'073.709), pero el municipio deberá deducir de este valor los mismos impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se le descontaban a las cuentas de cobro o facturas que presentaba el contratista durante la ejecución del contrato No. 116 de 1997.

Tercero: Denigáanse las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto: Désele cumplimiento al presente fallo de conformidad con lo establecido en los arts. 176 y 177 del CCA.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

APLICACION DE LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Desconocimiento de unificación jurisprudencial / PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - De manera excepcional y por razones de interés público / APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Casos en los que procede. Unificación jurisprudencial / APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ACTIO IN REM VERSO - Deber del contratista de demostrar que la Administración en ejercicio de su supremacía, de su autoridad o de su imperium “impone” o “constríne” al particular a la ejecución de prestaciones sin contrato alguno

La sentencia, entre otros argumentos, aduce que “en sentido contrario al citado - pero no a su jurisprudencia-, la Sección Tercera ha establecido que cuando la administración sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron.” Pues bien, semejante afirmación desconoce lo que la Sala de la Sección Tercera sentó como jurisprudencia en la sentencia del 19 de noviembre de 2011 (sic) al unificar su pensamiento sobre la actio de in rem verso (...) el caso que unificadamente la Sección Tercera admite excepcionalmente es cuando la Administración en ejercicio de su supremacía, de su autoridad o de su imperium “impone” o “constríne” al particular a la ejecución de prestaciones sin contrato alguno y por consiguiente quedan descartadas aquellas otras hipótesis en donde

la entidad estatal simplemente “sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista.” En el caso aquí debatido no aparece demostrado que la Administración, en ejercicio de su supremacía, haya “constreñido” o “impuesto” al contratista la ejecución de las obras y por consiguiente la sentencia de primera instancia ha debido ser revocada para en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045)

Actor: SEGURIDAD CIUDADANA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me lleva a no acompañar la decisión que adoptó la mayoría de la Sala:

La sentencia, entre otros argumentos, aduce que *“en sentido contrario al citado - pero no a su jurisprudencia-, la Sección Tercera ha establecido que cuando la administración sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron.”*

Pues bien, semejante afirmación desconoce lo que la Sala de la Sección Tercera sentó como jurisprudencia en la sentencia del 19 de noviembre de 2011¹ al unificar su pensamiento sobre la *actio de in rem verso*, en donde expresó:

¹ Expediente 24897.

“Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público y general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

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

Como se puede observar, el caso que unificadamente la Sección Tercera admite excepcionalmente es cuando la Administración en ejercicio de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* **“impone”** o **“constriñe”** al particular a la ejecución de prestaciones sin contrato alguno y por consiguiente quedan descartadas aquellas otras hipótesis en donde la entidad estatal simplemente *“sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista.”*

En el caso aquí debatido no aparece demostrado que la Administración, en ejercicio de su supremacía, haya **“constreñido”** o **“impuesto”** al contratista la ejecución de las obras y por consiguiente la sentencia de primera instancia ha debido ser revocada para en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda.

En estos términos dejo presentado mi salvamento de voto.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

ACTO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Su procedencia no se reduce a tres supuestos meramente

La Sala admitió que se configuró el enriquecimiento sin causa (...) porque el Municipio de Arauca no pagó a Seguridad Ciudadana Ltda. la mayor permanencia en los puestos de trabajo de la entidad, e incluso la sentencia citó la providencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP. Jaime Orlando Santofimio- (...). No obstante la manera como se resolvió el caso concreto, que se subsumió en una de las tesis de la Sala Plena de la Sección Tercera –la denominada tesis a)-, lo cierto es que en mi criterio el enriquecimiento sin causa no se reduce a esos supuestos, sino a los que comentaré a continuación, según lo dejé expresado en su momento en mi salvamento parcial de voto a dicha sentencia de la Sala Plena. (...) no es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, va a determinar la acción a ser ejercida para conseguir la declaración correspondiente. (...) El criterio que no se comparte de la providencia del caso sub iudice es que radica –a través de la jurisprudencia- una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acomodar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisibilidad y la prohibición. (...) En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación. Por eso no comparto este argumento de la providencia.

ACTO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Análisis del juez, según la situación para declarar su procedencia

El juez deberá analizar cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede tan groseramente el ordenamiento jurídico de tal forma que su comportamiento fue el directo desencadenante del traslado patrimonial; situación ésta en la cual, dicho detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. El planteamiento esbozado se puede comprender mejor a través de algunos ejemplos derivados de la experiencia, entre los que encontramos, los

siguientes: a) Eventos en los cuales la administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) dirigidos a mover el interés del particular en el desarrollo de determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio; (...) b) Situaciones en las cuales, la entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable dada la ausencia de algún requisito para tal propósito (v.gr. registro presupuestal o el otorgamiento de pólizas); (...) c) Circunstancias en las cuales, la administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio, sin que medie contrato estatal (...) d) Eventos en los cuales, el particular ejecuta una obra, motu proprio, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045)

Actor: SEGURIDAD CIUDADANA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto frente a la sentencia proferida el treinta (30) de enero de 2013, en el proceso de la referencia -de la cual incluso fui su Ponente-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a esclarecer mi pensamiento en torno al tema del *enriquecimiento sin causa*.

1. Síntesis del problema

La Sala asumió en el caso sub iudice, de nuevo, el estudio de un asunto donde se debatía la configuración de la *teoría del enriquecimiento sin causa*, porque el demandante trabajó para la entidad demandada con posterioridad a la expiración del plazo del contrato de vigilancia, no obstante que luego se negaron a reconocerle los honorarios a que tenía derecho.

Si bien la Sala admitió que se configuró el enriquecimiento sin causa –!afortunadamente!-, porque el Municipio de Arauca no pagó a Seguridad Ciudadana Ltda. la mayor

permanencia en los puestos de trabajo de la entidad, e incluso la sentencia citó la providencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP. Jaime Orlando Santofimio- según la cual en muy pocos eventos se admite la configuración de esta teoría², lo cierto es que esto no significa que haya cambiado mi criterio sobre el alcance de la *teoría del enriquecimiento sin causa*. Para entenderlo mejor baste recordar que la sentencia sobre la cual aclaro ahora mi voto señaló que:

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra demostrado que entre el 5 de mayo y el 27 de mayo de 1998 la empresa Seguridad Ciudadana Ltda., prestó el servicio de vigilancia al municipio de Arauca. Este hecho, incluso, fue admitido por la entidad, en la contestación de la demanda, pero no así en los alegatos de conclusión, donde un nuevo apoderado judicial de ella pretende desconocer la contestación de los hechos realizada en su debida oportunidad. A la Sala le ofrece convicción la primera

² Dispuso la Sala Plena en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP: Jaime Orlando Santofimio-:

“**12.2.** Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“**Esos casos en donde**, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, **serían entre otros los siguientes:**

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

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

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

posición, porque se percibe transparente, suelta y desprovista de prevención, no así los alegatos de conclusión.

(...)

“En estos términos, la Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2.012, que exige para la configuración del enriquecimiento sin causa que “... se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo”; lo que en el caso concreto se presentó, de lo cual no hay duda –las pruebas se analizaron antes– fue el municipio quien condujo al contratista a mantener la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, que es una actividad absolutamente sensible para ella: la protección de sus bienes, su infraestructura y sus funcionarios.

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

(...)

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

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

No obstante la manera como se resolvió el caso concreto, que se subsumió en una de las tesis de la Sala Plena de la Sección Tercera –la denominada tesis a)-, lo cierto es que en mi criterio el *enriquecimiento sin causa* no se reduce a esos supuestos, sino a los que comentaré a continuación, según lo dejé expresado en su momento en mi salvamento parcial de voto a dicha sentencia de la Sala Plena.

Para empezar, quiero recordar: i) mi postura ideológica frente al tema en controversia, de la manera que sigue –cuyo análisis será el más extenso de todos, atendiendo a la importancia que tiene para mí explicar la teoría del caso *sub iudice*-, y centrarme, a continuación, en el examen más concreto y puntual –corto si se quiere- de tres aspectos: ii) mi posición frente a la acción procedente para reclamar los daños; y iii) los supuestos citados por la Sala en la providencia en cuestión para que proceda el derecho a compensar al empobrecido sin causa que lo justifique.

2. Mi tesis tradicional sobre la teoría del enriquecimiento sin causa, expresada en múltiples providencias de la Sección Tercera, versus la que acogió la Sala Plena. Garantismo *contra* legalismo.

Está claro que las obligaciones pueden tener origen en diversas situaciones consagradas en la ley, la cual podríamos denominar fuente genérica de las mismas. En esa medida, la ley en sentido material consagra aquellos actos, hechos, o situaciones vinculantes que se concretan en la asignación de una prestación en cabeza de una persona o sujeto de derechos, lo que es amparado por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, las obligaciones pueden tener nacimiento directamente en actos jurídicos –v.gr. el contrato o actos unilaterales-, en hechos jurídicos con virtualidad para obligar –v.gr. el ilícito civil-, o en la teoría del enriquecimiento sin causa.³

En ese contexto, para la materialización, cumplimiento y exigibilidad de las prestaciones contenidas en el vínculo obligacional, se torna necesario determinar el fundamento que las estructura, con la finalidad de establecer el contenido y alcance de cada una y, así mismo, identificar la vía idónea mediante la cual se depreca el cumplimiento judicial de aquéllas.

³ Artículo 1494 Código Civil: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de una misma familia.”

En esa perspectiva, no es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, va a determinar la acción a ser ejercida para conseguir la declaración correspondiente.

Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden tener su nacimiento en un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante la falta de cumplimiento de ciertas formalidades *ad substantiam actus* (art. 40 ley 80 de 1993), extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otro tipo de ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento sin justa causa. En relación con la fuente de las obligaciones relativa al enriquecimiento sin justa causa, la doctrina nacional ha puntualizado:

“Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro es que tal situación está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con el delito o cuasidelito. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de las que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla del dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesorio, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa.

“Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo que se ha enriquecido proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte

que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.”⁴ (subrayado adicional de la Sala).

En esa perspectiva, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, un patrimonio se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada⁵, razón por la cual se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

De lo anterior, se colige que según la doctrina y la jurisprudencia -tanto civil como contencioso administrativa-, son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, 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 C.C., y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial -motivo por el cual se abre paso la *actio de in rem verso*-.

En el caso de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, es claro que para determinar su existencia debe acreditarse el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 41 de dicho estatuto contractual; ante la ausencia de alguno de ellos, la consecuencia lógica y jurídica es la inexistencia del negocio jurídico, comoquiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento.⁶ De otro lado, y sobre el particular, el artículo 1500 del Código Civil, preceptúa:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto

⁴ OSPINA Fernández, Guillermo “Régimen General de las Obligaciones”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 42 y 43.

⁵ “(...) [E]l enriquecimiento injusto o sin causa -términos que para los autores son indudablemente sinónimos- es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa.” (negritas fuera del texto original) DIEZ - PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, Ed. Civitas, 1988, Madrid, Pág. 33.

⁶ “Art. 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...”

a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el solo consentimiento.”

Por tanto, en relación con la prestación material de un servicio o ejecución de una obra sin que exista negocio jurídico de por medio, la Corporación puntualizó: “La pretensión por enriquecimiento sin causa, tiene su fundamento básico, en casos como el que ahora ocupa a la Sala, en la prestación de un servicio, el suministro de bienes, o, la confección de alguna obra en beneficio del ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios, a más de no poder hacer valer la acción consagrada por el art. 87 del C.C.A., titulada "de las controversias contractuales", por la elemental razón de no existir negocio jurídico como fuente de obligaciones que gobierne la situación planteada. Así las cosas, el administrado ve disminuido su patrimonio, en tanto que la administración ve aumentado el suyo, y ésta se favorece por contera al no pagar las sumas correspondientes, sin que exista para ello fundamento ni causa legales. Allí, precisamente se justifica que intervenga la jurisdicción para que, a petición de quien se sienta lesionado en sus intereses, ordene la restitución o restablecimiento del indebido acrecimiento del patrimonio estatal a la parte empobrecida. Doctrinariamente se ha denominado a esta acción como *actio in rem verso* y jurisprudencialmente ese enriquecimiento sin causa se ha acogido como fuente de obligaciones.”⁷ (resalta la Sala).

En esa medida, en mi criterio he tenido una serie de consideraciones personales que me permiten avalar la línea jurisprudencial trazada desde 1991 y, por consiguiente, controvertir, respetuosamente, la establecida en marzo de 2006 y parcialmente retomada en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897-. Los fundamentos jurídicos y fácticos de tal corolario, son los siguientes:

1. El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (*actio de in rem verso*), a diferencia de la postura jurisprudencial que viene del año 2006, no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, comoquiera que a partir de ella se garantiza el acceso a la administración de justicia (art. 228 de la Constitución Política), para deprecar el amparo jurisdiccional ante un incremento patrimonial de naturaleza injusta.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 1991, exp. 6103, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Contrario a lo afirmado en el último criterio jurisprudencial que, como se precisó, fue adoptado en el año 2006 y parcialmente reiterado ahora por la Sala Plena de la Sección Tercera, no son pocos los eventos que en el ordenamiento jurídico se ven amparados judicialmente gracias a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, entre los cuales podríamos encontrar, entre otros:

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

b) Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.⁸

c) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.⁹

d) Cuando opera la denominada *condictio ob rem dati*, es decir cuando se ha hecho una *datio* (dación) en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada.¹⁰

El criterio que no se comparte de la providencia del caso *sub iudice* es que radica –a través de la jurisprudencia– una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante

⁸ DE CASSO Romero, Ignacio y CERVERA, Francisco “Diccionario de Derecho Privado”, Ed. Labor S.A., Tomo I, 1950, Pág. 1793

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PETIT, Eugene “Derecho Romano” Ed. Porrúa, Pág. 453.

específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acomodar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisividad y la prohibición¹¹. En esta ocasión la Subsección C se apoyó en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP. Jaime Orlando Santofimio- que dispuso:

“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹² a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831¹³ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

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

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

“En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

“Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y

¹¹ Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

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

¹³ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

(...)

“Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho *“constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”*¹⁴

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

Si se analiza este aspecto con rigor, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, pero dicho imperativo de conducta no radica en cabeza de los particulares el deber de ser garantes de la legalidad en la observancia de los procedimientos que deben acatar las autoridades y entidades públicas al momento de celebrar contratos de naturaleza estatal. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario–, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal.

En síntesis, el particular tiene asignada una obligación genérica de respeto por los principios y reglas de derecho que le son de carácter imperativo (v.gr. orden público, parámetros de buena fe, reparación del ilícito civil, responsabilidad frente al cuasidelito, etc.), es decir, existe un deber general de respeto por el ordenamiento jurídico; no obstante, dicho compromiso no se puede extender a tal

¹⁴ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

nivel que se imponga en cabeza de aquél la obligación de ser garante total de la legalidad del contrato; no resulta, por consiguiente, aceptable que sobre él recaiga una censura (imputar culpa) en cuanto al acatamiento de los procedimientos de selección y requisitos de perfeccionamiento del contrato, lo que es una labor propia de la administración; por ello es que se entiende que el contratista es un colaborador en el desarrollo y ejecución de los deberes y obligaciones del Estado, que se materializan a través del mecanismo de la contratación. Por eso no comparto este argumento de la providencia –parcialmente citado antes-:

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

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

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

Por tanto, la legalidad de observancia de los procedimientos contractuales estatales obedece a la necesidad de que la ley señale unos principios y pautas encaminadas a garantizar la transparencia y selección objetiva en la escogencia de los contratistas del Estado, por lo tanto, son las entidades públicas y sus servidores (art. 2º ley 80 de 1993) los obligados a respetar, de manera irrestricta, los medios para el perfeccionamiento de los contratos.

Adicionalmente, resulta oportuno señalar que según la perspectiva de la lógica económica y de mercado, el particular actúa de un modo totalmente disímil a como lo hacen las entidades e instituciones públicas; lo anterior, comoquiera que al particular –que se mueve en una economía de mercado global–¹⁵ le interesa

¹⁵ “La economía de mercado, según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economía de recursos... Y como notas distintivas de la economía de mercado, que la diferencian de cualquier otro orden de producción, se señalan:

prestar un mayor número de servicios o de actividades propias de su objeto comercial, con el fin de obtener un incremento de su presencia en el mercado y, consecuentemente, ampliar el margen de ganancias.

En esa dirección, la Sala pone al particular en una situación de especial sujeción, en cuanto le asigna el deber jurídico –que como se manifestó es inexistente– de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales y técnicos mediante los cuales la entidad pública debe contratar.

Según esta posición, antes que cualquier otra cosa, al particular se le exige un estudio juicioso del régimen jurídico y de las modalidades de contratación que rigen en una entidad estatal (contratante – que solicita el servicio o la obra), para establecer si el organismo público acata o no los procedimientos legales. En mi criterio, sin lugar a dudas, una exigencia así de estricta, y de resultado, es inadmisibles, comoquiera que el sujeto de derecho privado interviene bajo la óptica de negocios, razón por la cual ante la solicitud que eleva una entidad pública para que se preste un servicio, se desarrolle determinada obra, o se venda un determinado bien, lo cierto es que el particular no tiene la obligación de requerir a la entidad estatal para que cumpla estrictamente sus obligaciones legales y reglamentarias en materia de contratación pública; esta obligación, como ya se señaló no puede hacerse extensiva al sujeto particular de la relación jurídico negocial.

Es claro que con el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento injusto, se hace referencia a la ausencia de derecho del demandado –la entidad pública en este caso- para conservar el acrecentamiento en su patrimonio¹⁶; en esa medida, con el criterio jurisprudencial que ahora se discute -establecido en la sentencia del año 2006 y parcialmente en la de ahora-, se radica un privilegio fuera de la ley con el que no cuenta la entidad estatal beneficiaria del servicio prestado, de la obra realizada, o del bien entregado, de mantener, en detrimento del particular, una serie de

“a) La existencia de un intercambio de bienes o de servicios en forma libre y voluntaria.

“b) La ausencia de coerción arbitraria, necesaria para permitir el desarrollo expedito de la competencia, con la cual se garantiza la eficiencia del mercado.” MOSSET Iturraspe, Jorge “Como contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, Pág. 75 y 76.

¹⁶ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean “Tratado de Derecho Civil”, Ed. La ley, Buenos Aires, Tomo de Obligaciones 2ª parte, Pág. 264.

ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado.

Entre otras cosas, es que existe norma sustancial que establece que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, consagrada expresamente en el artículo 831 del Código de Comercio, disposición esta que resulta aplicable de forma directa –ni siquiera de manera supletoria o subsidiaria– en materia de contratos estatales, según lo establecido en el inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, regla jurídica que preceptúa: “Los contratos que celebren las entidades públicas a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”

Y si bien, podría argumentarse que en eventos en los cuales se invoca la teoría del enriquecimiento sin justa causa no existe contrato celebrado de por medio, es importante señalar que dicha remisión normativa que efectúa la ley 80 debe entenderse en forma extensiva no sólo en cuanto tiene que ver con el contrato celebrado, sino también en relación con el proceso precontractual o con los posibles acuerdos de voluntades –negociales– en los que intervenga una entidad estatal.

Dicha postura desconoce, igualmente, el postulado de la buena fe¹⁷ -el mismo que desestima la Sala Plena- enunciado en el artículo 83 de la Carta Política¹⁸, según el cual aquélla se presume en todo tipo de actuación que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, situación que se armoniza con la presunción de inocencia –principio constitutivo del debido proceso, este último aplicable igualmente en materia administrativa–¹⁹.

¹⁷ Entendido éste como el conjunto de parámetros de honradez y lealtad con que deben obrar las partes que intervienen en las relaciones jurídicas y sociales, cuyo incumplimiento acarrea determinadas sanciones previamente establecidas por el orden social, político, económico o jurídico.

¹⁸ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

¹⁹ Art. 29 C.P.: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“(...) Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...”

La anterior apreciación, en la medida que la posición jurisprudencial adoptada desde el año 2006 y parcialmente en la de ahora, parte, *prima facie*, de la calificación malintencionada del particular que intervino en el acuerdo verbal de voluntades que desencadenó el enriquecimiento injusto en cabeza de la administración. Entonces, si bien la administración pública en estos supuestos genera una expectativa (la del pago de una labor contratada) a favor del particular, en términos del principio de confianza legítima²⁰, lo lógico y procedente es reconocer, al menos, en cabeza del sujeto particular el valor o costo del beneficio obtenido por la entidad pública que motivó con su conducta la prestación del servicio o el desarrollo de determinada obra. La Sala, en sentido diverso, opina en la sentencia 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP. Jaime Orlando Santofimio, en la que se apoyó la Subsección C para resolver el caso concreto-, que:

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

“En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.”

En sentido contrario me parece que bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, el centro del ejercicio del poder, así como el objetivo de las políticas públicas, es la satisfacción y realización efectiva de los derechos de los asociados y, principalmente, de la persona como eje estructural de la sociedad; en esos supuestos, el Estado en el desarrollo de sus diversas actuaciones debe procurar la

²⁰ “Lo que ocurre es que la confianza legítima es una derivación de un valor, 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 componente insoslayable... De allí que cuando se invoque la existencia de una situación de confianza legítima, deberá demostrar, entre otras cosas, que de su parte se adoptó una actitud digna de un eficiente empresario o comerciante, o de un buen padre de familia. Es decir, se exige no sólo ausencia de mala fe para que pueda configurarse la protección de la confianza, sino una conducta propia de una persona adulta y responsable.” JORGE Coviello, Pedro José “La protección de la confianza del administrado”, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 408 y 409.

materialización de los derechos de los individuos y el respeto por las garantías públicas, de tal suerte que no resulta admisible que la administración pública se beneficie ilegal e injustamente de comportamientos que parten de su propia conducta, en tanto que para que opere la figura del enriquecimiento sin causa, es necesario que la actividad del particular haya sido motivada, previamente, por un acto propio de la administración que genera una expectación (expectativas racionales objetivas) del particular²¹.

De conformidad con lo anterior, no resulta viable que se acepte la posibilidad de que la entidad pública, mediante la materialización de un acto propio, dé configuración a un interés radicado en cabeza de un determinado sujeto de derecho, para, con posterioridad, ir en contra de su misma actuación, en el sentido de beneficiarse de las labores adelantadas por el particular sin que se acarree ningún tipo de consecuencia negativa para la administración.

No obstante lo anterior, creo que en cada caso concreto el juez de lo contencioso administrativo debe analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad–²², si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por cuanto se reitera, la teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

²¹ La teoría del respeto por las expectativas razonables aunque se deriva, en principio, de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, lo cierto es que, con el paso del tiempo, se ha imbricado en el derecho continental, a efectos de brindar una herramienta idónea que permita satisfacer los intereses que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente (en los contratos por adhesión), o el proponente - oferente, al momento de celebrar un contrato, o negociar las condiciones del mismo (tratos preliminares). Sobre el particular consultar: BALLESTEROS Garrido, José Antonio "Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad", Ed. J.M. Bosch, Biblioteca de Derecho Privado No. 89.

²² "Se trata, sin duda, de un problema complejo, en el que se pone de manifiesto como quizá en ningún otro la tensión existente entre progreso y respeto a las situaciones existentes, entre cambio y tradición, y en el que no podemos detenernos aquí. Sólo señalar que la constitucionalidad de una delimitación de derechos que restrinja los previamente reconocidos dependerá, en buena medida, de su justificación en otros preceptos y valores constitucionales; se impone, pues, ante todo, una ponderación (*Abwägung*) de los diferentes valores constitucionales en juego. En el caso de que la ponderación justifique la delimitación de derechos, deberá verificarse, en segundo lugar, siguiendo al *BVerfG*, que la misma resulta desproporcionada al objetivo perseguido, que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad y, señaladamente, el de confianza." PUIGPELAT, Oriol Mir "La responsabilidad patrimonial de la administración", Ed. Civitas, Pág. 118.

Entonces, el juez deberá analizar cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede tan groseramente el ordenamiento jurídico de tal forma que su comportamiento fue el directo desencadenante del traslado patrimonial; situación esta en la cual, dicho detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. El planteamiento esbozado se puede comprender mejor a través de algunos ejemplos derivados de la experiencia, entre los que encontramos, los siguientes:

a) Eventos en los cuales la administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) dirigidos a mover el interés del particular en el desarrollo de determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio: En estos supuestos, sin lugar a dudas, habrá lugar a analizar la actividad del particular para determinar la forma como intervino en las tratativas con la entidad pública, para a partir de allí establecer si hay lugar a decretar las compensaciones correspondientes.

b) Situaciones en las cuales, la entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable dada la ausencia de algún requisito para tal propósito (v.gr. registro presupuestal o el otorgamiento de pólizas): En estas hipótesis el juez deberá determinar en cada caso, la conducta desplegada por la entidad pública, así como la desarrollada por el particular, toda vez que, por ejemplo, este último no tiene porque asumir la carga de la falta de registro presupuestal como evento de inejecución del contrato estatal, ya que dicho procedimiento es de aquellos que corresponden única y exclusivamente a la administración pública.

c) Circunstancias en las cuales, la administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio, sin que medie contrato estatal: En cada caso concreto, habrá lugar a que el operador judicial valore la actitud del particular, la buena o mala fe de su comportamiento en los tratos preliminares, y la labor ejecutada; con el fin de ponderar toda esa serie de factores, y así precisar si hay lugar a la recomposición patrimonial.

d) Eventos en los cuales, el particular ejecuta una obra, *motu proprio*, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello: En esta hipótesis, es claro que el particular, por sí mismo, sin la intervención previa de la voluntad estatal, ejecuta una obra o presta un servicio sin el consentimiento de la entidad pública; bajo este supuesto, aquél no tendrá derecho a que se le reconozca suma de dinero alguna, o recomposición patrimonial, como quiera que fue su comportamiento individual y directo (unilateral) el que lo colocó en la situación de detrimento patrimonial. En ese contexto, en estos casos, el enriquecimiento de la entidad pública no es injustificado, sino que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

3. La acción *in rem verso* (*actio de in rem verso*)

Para aclarar completamente mi posición sobre el enriquecimiento sin causa, no puedo dejar de referirme a la temática de la acción procedente para reclamar la compensación que se deriva de su ocurrencia, sobre la cual la Sala Plena arribó a una conclusión importante –en la sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897-, que comparto desde allí, con el fin de facilitar el acceso a la administración de justicia en los términos en que se planteó.

He sostenido hasta hoy -Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35.026- que “el medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la *acción de in rem verso*²³ –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano-, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos. Esta acción –dije en esa ocasión- tiene una serie de características que, a continuación, se exponen: a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado; b) en directa relación con lo anterior, tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado -enriquecimiento alegado- no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil; c) se

²³ “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.

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

trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante. Por lo anterior -añadía-, la forma idónea y exacta de presentar la acción *in rem verso* (*actio de in rem verso*) es de manera autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. –esta última de naturaleza indemnizatoria-²⁴; d) El término de caducidad de la acción *in rem verso*, dadas las anteriores consideraciones, será de 10 años según lo preceptuado en el artículo 2536.”

Ahora bien, no obstante la tesis que he defendido a lo largo de estos años, considero aceptable la opción acogida en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 y, en estos términos, con el fin de contribuir a la seguridad jurídica y estabilidad de las tesis de la Corporación, y concretamente de esta Sección, y sobre todo para evitar perjuicios innecesarios a los litigantes, me mostré conforme y dispuesto a respaldar el siguiente criterio que defendió la mayoría, según el cual la acción judicial procedente para reclamar el perjuicio patrimonial será la de reparación directa. Establece la providencia:

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

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

“Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la

²⁴ “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.” DIEZ - PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.
(...)

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

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

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

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

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

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

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

Esto significa que en adelante he admitido que la acción a través de la cual se tramiten las pretensiones por enriquecimiento sin causa sea la de responsabilidad extracontractual o reparación directa; sin perjuicio de que en ocasiones el detrimento patrimonial se derive de la ejecución de un mismo contrato, en cuyo caso la acción de controversial contractual también servirá para reclamar el enriquecimiento patrimonial que sufra alguna de las partes, en perjuicio de la otra. De esta manera, los litigantes adquieren certeza y seguridad sobre la acción procedente en estos eventos, y por ellos se justifica cambiar de criterio jurídico.

4. Condiciones y causales en que la Sala estima que procede la *actio in rem verso* para proteger a quien se empobrece sin causa justificada que obligue a soportarlo.

En los términos analizados, queda claro que la tesis de la Sala admite proteger a quien se empobrece sin causa justificada frente a quien se enriquece de la misma manera, para que éste asuma el monto en que se haya enriquecido.

Esta tesis -insisto en este lugar- también se incorpora a la clasificación mencionada antes: *tesis intermedia*, porque se trata de una variante suya, sólo que más restrictiva y limitadora que la defendida hasta el día de hoy por la Sección Tercera, teniendo en cuenta que no niega el derecho a la compensación del empobrecido, pero tampoco lo admite sin condiciones; en su lugar, establece varias circunstancias, supuestos o causales donde procede el pago. La Sala expresó esta idea en la sentencia de 19 de noviembre de 2012 –exp. 24.897. CP. Jaime Orlando Santofimio- en términos negativos, no positivos –como es mi estilo y gusto en este tema-, de la siguiente manera:

“**12.2.** Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“**Esos casos** en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, **serían entre otros los siguientes:**

- d) **“Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.**
- e) “En los que es **urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud**, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, **urgencia y necesidad** que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.
- f) “En los que debiéndose legalmente declarar una situación de **urgencia manifiesta**, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.” (Negrillas fuera de texto)

La consecuencia que deriva de esta posición se puede explicar de la siguiente manera, entendimiento que contribuye a la comprensión correcta de la providencia: En *primer lugar*, la Sala no proscribió, *a priori*, la obligación de compensar al empobrecido, por parte del enriquecido, hasta concurrencia de su beneficio, según se acabó de explicar.

En *segundo lugar*, la Sala estableció un *listado enunciativo* –de ninguna manera taxativo- de circunstancias, tres (3) en total, que concretan algunos supuestos donde procede la *actio in rem verso*: i) imposición de la entidad al particular de la ejecución de una prestación; ii) cuando sea urgente y necesario adquirir obras, bienes o servicios para evitar un daño a la salud, y iii) en los casos de urgencia manifiesta, cuando no se declara en la forma en que lo exige la ley.

Debo manifestar, para empezar a hacer claridad, que comparto los tres supuestos relacionados en la providencia, sólo que los considero pocos en número para la abundancia que ofrece la casuística, y porque también son excesivamente limitados en su caracterización; eso me impuso salvar el voto, porque si bien las tres (3) circunstancias admiten algún espacio para administrar justicia material y no formal, y evitar la impunidad en manos de quien se enriquece sobre quien se empobrece injustificadamente; hay que destacar que en el encabezado de la enumeración se advierte que:

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general..., **serían entre otros los siguientes: (...)**”,

Esto significa que la Sala asume en adelante la carga de identificar y nominar los demás supuestos que admiten el ejercicio de la *actio in rem verso*, previsión prudente y sabia que le concede espacio a la realidad y a la razón, porque es innegable que el juez no tiene la capacidad ni la aptitud para capturar en unos pocos casos la infinita variedad de ellos, así como la identificación con precisión de las condiciones, del lugar, del espacio y del contexto dónde es posible o no que se configuren esos supuestos.

En estos términos, aspiro a que el mensaje que dejó la Sala realmente represente una zona de diálogo para la razón jurídica, donde se puedan descubrir los demás supuestos que hoy no es posible ver ni identificar, pero que admitirán la aplicación de esta teoría.

No obstante, centrados en los tres (3) supuestos descritos en la providencia, cabe hacer algunos comentarios, que esbozarán mejor la razón de mi disidencia frente a la mayoría.

De un lado, me lamento que la redacción de las tres (3) circunstancias supongan, mal, que siempre la entidad es quien se enriquece y el particular quien se empobrece, cuando puede suceder lo contrario, en cuyo evento también ha de proceder la *actio in rem verso*; razones elementales de justicia e igualdad lo imponen. Claro está que el problema que surge, a pesar del esfuerzo de entender incluida a la entidad, es que la redacción hace casi imposible ese esfuerzo intelectual y hermenéutico, porque difícilmente permiten poner al particular en la posición que allí se predica del Estado. He allí una insuficiencia severa, y sin aplicar aún esta jurisprudencia. Esperemos que los problemas concretos hagan

ver con evidencia innegable lo que se advierte ahora, pero sobre todo, para que conduzca a abrir este sistema de causales o circunstancias creadas por esta providencia.

Además, me parece lamentable el llamado que hace la providencia a los operadores judiciales y a la administración para que la interpretación de las tres circunstancias, con sus condiciones y requisitos, se haga de manera restrictiva, porque era innecesario limitar al juez de esta manera, quien más bien debe atenerse al caso concreto, y no a la predicción judicial que desarrolla esta sentencia.

De otro lado, todas las causales se construyeron a partir de conceptos necesitados de concreción, en los casos *sub iudice* del futuro, porque se trata de expresiones semánticas cargadas de conceptos jurídicos, técnicos y aún pragmáticos, amplios, vagos y generales, cuya comprensión precisa y detallada es necesaria para realizar la operación de subsunción del caso en la causal. Esta operación intelectual avizoro que será especialmente problemática, porque reconducir la realidad a las condiciones expresadas en esta sentencia producirá en todos los operadores jurídicos una gran disensión, ya no sólo venida del caso, sino ahora de la jurisprudencia, cuya decisión no será pacífica sino fuente de problemas hermenéuticos.

Y es que llenar de contenido y adaptar el universo de conceptos y expresiones creados por la Sala no será tarea fácil, además de que unas expresiones califican o adjetivan a otras, con o sin intención de hacerlo. Así, por ejemplo, en el supuesto primero se requiere –se resaltan las palabras complejas y altamente problemáticas-: acreditar de manera **“fehaciente”** y **“evidente”** en el proceso, que fue **“exclusivamente”** la entidad pública, **“sin participación”** y **“sin culpa”** del particular afectado, la que en virtud de **“su supremacía”**, de **“su autoridad”** o de **“su imperium”** **“construyó”** o **“impuso”** al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.” –comillas y negrillas fuera de texto-

No tiene menos problemas la causal segunda: “En los que es **“urgente”** y **“necesario”** adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras **“con el fin de prestar un servicio”** para **“evitar una amenaza”** o **“una lesión**

inminente” e **“irreversible”** al **“derecho a la salud”**, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, **“urgencia”** y **“necesidad”** que deben aparecer de manera **“objetiva”** y **“manifiesta”** como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente **“urgente”**, **“útil”**, **“necesaria”** y **“la más razonablemente ajustada”** a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.” –comillas y negrillas fuera de texto-

La circunstancia tercera tiene la misma estructura: “En los que debiéndose legalmente declarar una situación de **urgencia manifiesta**, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.” –comillas y negrillas fuera de texto-

Habría preferido mantener la teoría del enriquecimiento sin causa tal como la esbozan el derecho privado y el derecho administrativo, porque tratar de reconducirla a tres supuestos básicos –y otros no declarados, ¡afortunadamente!- hará casi imposible el consenso en la apreciación del caso, y eso ya es lamentable por sí mismo.

No puedo dejar de delatar o revelar a estas alturas de mis comentarios que toda esta problemática surge tan sólo por la confrontación directa –más no ponderación- que hizo la Sala entre el “principio de legalidad” estricto y el “principio de responsabilidad”, tensión en la cual se hizo un balance desafortunado, porque ahora prevalece aquél principio sobre éste, en un aspecto donde la armonización pudo ser más equilibrada, con la finalidad ética de no sacrificar la obligación que tiene aquél que se enriquece injustamente de resarcir los daños y perjuicios a quien se empobrece injustamente.

En estos términos, no es admisible -según se precisó antes- que se adjudique al

particular la carga de soportar la legalidad de las actuaciones de la administración, lo que no significa que quede autorizado para actuar en los contratos o negocios jurídicos al margen de ella, sino tan sólo que de la legalidad de los actos de aquélla debe cuidar ella misma, pues para eso cuenta con funcionarios especializados en disciplinas varias, incluida, desde luego, el derecho, así que no es lógico que sea un particular el contralor o revisor de las actuaciones públicas, de cuya complejidad normativa y jurisprudencial sólo puede hacerse cargo la administración.

En estos términos dejo sustentada mi diferencia conceptual con la posición mayoritaria.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO