

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Evolución jurisprudencial / ACCION IN REM VERSO - Naturaleza

El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso son dos instituciones distintas, cuya diferencia se concreta en la idea de que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general. La prohibición del enriquecimiento injustificado tiene soporte en el artículo 8 de la ley 153 de 1887. De esta manera, el origen de la figura ha sido doctrinario y jurisprudencial, pues, como puede verse, la norma no contempla de manera expresa la institución, pero han sido estas otras fuentes del derecho quienes han formulado la regla, tal como se conoce hoy en día. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho comercial positivizó la figura en el artículo 831, de la siguiente manera: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro". Es bueno precisar, en este momento, que en materia contractual, o por lo menos en relación con hechos que afectan la normatividad que rige los contratos estatales, han existido normas que inciden sobre la figura del enriquecimiento sin causa y la actio in rem verso. Se trata de disposiciones que han limitado la ejecución de contratos estatales sin el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, o de normas que prohíben el pago de hechos cumplidos, es decir, de situaciones que ocurren de facto, o sea sin la observancia de los preceptos que regulan la materia. En efecto, el artículo 202 del decreto 150 de 1976, prohibía ejecutar contratos no perfeccionados. La misma norma se contempló el artículo 299 del Decreto ley 222 de 1983. Por su parte, menos exigente que las dos normas anteriores, porque no impuso el castigo de que no se pudieran pagar los trabajos ejecutados sin contrato, no obstante que es categórica en señalar la importancia del perfeccionamiento del negocio, la ley 80 de 1993 dispuso que: 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.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, ver sentencia D-665 del 1° de marzo de 1995 de la Corte Constitucional, MP: Carlos Gaviria Díaz.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Fuente de las obligaciones / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Elementos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Buena fe

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). Para la Sala existen una serie de consideraciones que permiten avalar la anterior línea jurisprudencial trazada desde 1990 y, por consiguiente, precisar la fijada a partir de marzo de 2006; lo anterior, tiene su logor en el siguiente razonamiento: El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (actio de in rem verso), no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera 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. Si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario-, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal; a contrario sensu, la protección constitucional al principio de buena fe genera que se proteja, sin restricción alguna, al particular en aquellas circunstancias en las cuales la confianza de la administración, así como su voluntad y comportamiento es el que genera la prestación de un bien o servicio sin el respectivo soporte o basamento contractual. El juez, en estos eventos, debe ponderar la conducta del sujeto de derecho público frente a la persona de derecho privado, toda vez que, en multiplicidad de eventos, es la propia administración quien con su comportamiento induce o motiva al particular, en lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a la ejecución de una determinada obra o servicio sin que exista negocio jurídico de por medio, lo que genera, prima facie, un traslado injustificado de un patrimonio a otro, de tal manera que se ocasiona un empobrecimiento con un consecuencial enriquecimiento, no avalado por el ordenamiento jurídico. De otro lado, el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento sin causa, hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el incremento en su patrimonio; en consecuencia, 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 desmedro del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado. 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 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. El enriquecimiento sin causa, encuentra su fundamento y núcleo esencial en el postulado de la buena fe enunciado en el artículo 83 de la Carta Política, 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-. Las anteriores razones llevan a la Sala a señalar que, el enriquecimiento sin justa causa puede ser invocado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración y, por consiguiente, la respectiva parte no cuente con una fuente autónoma y definida para reclamar el cumplimiento de una determinada obligación compensatoria. 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. Entonces, el juez valorará 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 el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. En el caso concreto, fue la misma sociedad demandante la que generó el desplazamiento patrimonial a favor del INVIAS, motivo por el que no es posible afirmar que el enriquecimiento alegado es injustificado. En efecto, según los medios de convicción que integran el plenario, deviene incuestionable el hecho de que fue la misma sociedad Integral S.A., la que, al margen de haber cumplido de manera diligente con los trámites y procedimientos previos para la

suscripción de un contrato adicional para la prórroga del plazo y del valor del contrato, continuó ejecutando la prestación de interventoría sin que la misma tuviera soporte o sustento contractual. En otros términos, el contratista con pleno conocimiento de las disposiciones y estipulaciones contenidas en el inciso sexto del artículo 58 y artículo 299 del decreto ley 222 de 1983, y las cláusulas tercera, décimo sexta del contrato No. 137 de 1987, es decir, aquellos preceptos que prohibían la modificación o adición del contrato estatal en su objeto y plazo si el término de vigencia del mismo se encontraba vencido, ejecutó la prestación de interventoría durante los meses de junio, julio y agosto, sin que existiera fundamento contractual. Como se aprecia, la causa del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento estuvo radicada en cabeza del propio particular, quien asumió voluntariamente, y sin que mediara contrato estatal, prestó las labores de interventoría durante los tres meses que la sociedad había solicitado para entregar la misma, luego del vencimiento del plazo del contrato No. 137 de 1987.

ACCION IN REM VERSO - Naturaleza. Características

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de in rem verso (“Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa”) -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. La acción mencionada tiene una serie de características que, a continuación, se exponen: 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. En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil. Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante. Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. –esta última de naturaleza indemnizatoria-. Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso, sentencias, CE, S3, Rad. 5883, 1990/11/15, MP. Carlos Betancur Jaramillo; S3, Rad. 5618, 1991/02/22, MP. Carlos Betancur Jaramillo; S3, Rad. 6103,

1991/10/25, MP. Daniel Suárez Hernández; S3, Rad. 8118, 1995/05/08, MP. Juan de Dios Montes Hernández; S3, 1998/01/29, MP. Daniel Suárez Hernández; S3, Rad. 14669, 2007/05/31; S3, Rad. 15662, 2009/01/29, MP. Myriam Guerrero de Escobar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)

Actor: INTEGRAL S.A.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-ACCION IN REM VERSO

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 6 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en la que se decidió lo siguiente:

“1º DECLARAR responsable al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS –, por los perjuicios causados a la sociedad demandante INTEGRAL S.A., por omitir el pago de la interventoría prestada respecto de la ejecución de las obras objeto del contrato 179 de 1987, durante los meses de junio, julio y agosto de 2000, según las precisiones hechas en la motivación.

“2º CONDENAR a la parte pasiva a pagar al demandante la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$162.150.000) m/cte, valor total de los costos de interventoría, IVA incluido, que deberá actualizarse a la fecha de ejecutoria del fallo, conforme se indicó en la motivación.

“3º El Instituto Nacional de Vías deberá dar cumplimiento a la sentencia conforme a los art. 176 a 178 del C.C.A.

“4º Denegar las demás pretensiones del demandante.

“5º Sin costas.

“6º Si hubiere remanente de lo consignado para gastos, comuníquese a las partes la expedición del fallo.

“7º Por Secretaría, remítanse a la brevedad de las copias aludidas en la motivación, con destino al Procurador General de la Nación.

“8º Remítase el proceso al Consejo de Estado, en **consulta** de la sentencia de primer grado, si la accionada no apela.

“9º Previa ejecutoria del fallo, expídase primera copia con las constancias previstas en el Art. 115 del CPC con destino a la parte actora. Líbrense las comunicaciones de ley. Cumplido lo anterior, archívese el expediente.

(fl. 255 cdno. ppal. 2ª instancia - negrillas, cursivas y mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 19 de diciembre de 2002, mediante apoderado judicial, la sociedad Integral S.A., interpuso demanda de reparación directa contra el Instituto Nacional de Vías “INVIAS”, para que se decretaran a su favor las siguientes pretensiones:

“Primero: Que el Instituto Nacional de Vías –INVIAS–, representado por su Director General, se enriqueció injustamente y por tanto es responsable por el no pago, a la Sociedad demandante, de los servicios de interventoría que esta prestó entre Mayo (sic) 31 de 2000 y Agosto (sic) 31 del mismo año, sobre la construcción y pavimentación del tramo Río Tocaría - La Cabuya - TAME, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácama - Tame.

“Segundo: Que como consecuencia de la declaración anterior, el INVIAS se condenado a pagar, a la sociedad demandante, el valor de los servicios prestados entre el 31 de mayo de 2000 y el 31 de agosto del mismo año, en la ejecución de la interventoría de las obras de construcción y pavimentación de los sectores...

“Tercero: La suma determinada en el numeral anterior, será actualizada con base en la variación del índice de precios al consumidor señalado por el DANE, de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.; y sobre la misma se reconocerá y pagará intereses moratorios, liquidados a la tasa del artículo 1617 del C.C.

“Para el efecto anterior, se tomará el período que corre entre el 31 de agosto de 2000, fecha en la cual concluyó la prestación del servicio no pagado, y el momento en el cual se de efectivo cumplimiento a la providencia con la que concluye el proceso al cual da lugar esta acción.

“Cuarto: El INVIAS, dará cumplimiento a la sentencia que se profiera en el presente proceso, en el término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LAS PRINCIPALES

“En el evento en que la condena solicitada en las prestaciones anteriores no se pudiese precisar en los términos solicitados, se proferirá entonces fallo en abstracto contra la entidad demandada y a favor de la sociedad demandante, para que, mediante incidente, se regule y defina el quantum, siguiendo lo establecido en el artículo 172 del C.C.A., en armonía con el artículo 137 del C. de P.C., fijándose así mismo, las bases de tal regulación y de la fijación del quantum, en el respectivo fallo.” (fl. 2 y 3 cdno. ppal. 1º - mayúsculas, negrillas y subrayado del original).

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El 12 de mayo de 1987, el INVIAS –para entonces Fondo Vial Nacional– y la sociedad Integral S.A., suscribieron el contrato No. 137 para la interventoría de las obras de construcción y pavimentación de los sectores Río Tocarán - La Cabuya - Tame –, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácama - Tame.

En las cláusulas cuarta, quinta, y séptima del contrato se pactó el valor de las prestaciones y la forma de pago.

1.1.2. En la cláusula tercera se estableció el plazo o término del contrato, y se definió en veinticinco (25) meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación de los trabajos.

De acuerdo con la orden de iniciación, contenida en la comunicación No. 17495 del 11 de junio de 1987, del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la ejecución del objeto del contrato de interventoría tuvo su génesis el 16 de junio de 1987, momento a partir del cual se empezó a contar el plazo de 25 meses.

1.1.3. No obstante, el contrato tuvo varias adiciones en cuanto al valor y al plazo, contenidas en diferentes acuerdos de las partes. De otro lado, el plazo del contrato

fue suspendido, tal y como consta en las actas de suspensión y reanudación suscritas el 31 de octubre y el 27 de noviembre de 1995, respectivamente.

1.1.4. Luego de sucesivas prórrogas del plazo de ejecución, en el acuerdo No 137-24-87 del 28 de marzo de 2000, se definió consensuadamente que aquél se extendería hasta el 30 de mayo de 2000.

Antes del vencimiento del término, y como quiera que la construcción de las obras objeto de la interventoría presentaban significativos atrasos por razones de orden público, demora en la aprobación de las licencias ambientales, y circunstancias climáticas, Integral S.A., mediante comunicaciones Nos. 181643 del 22 de febrero, 183025 del 10 de mayo, y 183364 del 26 de mayo de 2000, solicitó al INVIAS ampliar el plazo del contrato de interventoría.

1.1.5. A comienzos del mes de mayo de 2000, la Subdirectora de Construcción del INVIAS, de manera verbal, informó al director del proyecto que existía una solicitud de apropiación presupuestal por \$330.000.000,00, para la adición del contrato de interventoría, pero que debido a la circunstancia específica de no existir PAC, Integral S.A., debía comprometerse a no facturar hasta que esa situación se normalizara. Esta información originó la comunicación No. 183025 del 10 de mayo, en la que la sociedad contratista manifestó la necesidad de extender la vigencia del contrato de interventoría.

Como consecuencia de la anterior situación, el INVIAS expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 542 por valor de \$330.000.000,00, calendado 23 de mayo de 2000.

1.1.6. La petición de ampliación del plazo fue reiterada por Integral S.A. al INVIAS el 31 de mayo de 2000, en comunicación No. C-0957-7-1264-00, en la que se expuso la necesidad de extender el plazo de vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de esa anualidad por las causas ahí precisadas.

1.1.7. No empece a que en la modificación del contrato de interventoría, el plazo de ejecución se fijó hasta el 30 de mayo de 2000, ante la actitud asumida por el INVIAS, y por la continuidad del contrato de obra pública, Integral S.A. continuó prestando sus servicios. En efecto, para la sociedad demandante no era extraño que con posterioridad al vencimiento del plazo se suscribiera y legalizara la adición al mismo, tal y como había ocurrido en varias ocasiones.

1.1.8. Con la continuidad en la prestación del servicio de interventoría se logró, entre otros aspectos: i) evitar la paralización de las obras de construcción; ii) garantizar la construcción dentro de los parámetros de calidad exigidos; iii) conservar el interés incorporado en este tipo de actividades, que no es otro que el público, el que demanda atención continua y eficiente.

1.1.9. Integral S.A., en la ejecución del contrato obró con el convencimiento de su retribución económica, y sus decisiones se fundamentaron en los comportamientos previos del INVIAS y en la confianza originada en esas expresiones de la entidad contratante.

La fe y la confianza aludida se hicieron patentes con el comportamiento adoptado por el INVIAS, a partir del 30 de mayo de 2000, por las siguientes razones: i) El 19 de junio de 2000, la Subdirección de Construcción del INVIAS, envió a Integral S.A., en calidad de interventor, copia del memorando No. 01975 de esa misma fecha; ii) el mismo 19 de junio, la Subdirección de Construcción del INVIAS ordenó a Integral S.A., como interventor de la obra, tomar medidas sobre las vallas publicitarias de esa entidad, vinculadas con la obra pública, y iii) el 7 de junio de 2000, Corporinioquia se dirigió a Integral S.A., como interventor del proyecto de construcción; y a su vez, Integral S.A., el 20 de los citados corrientes mes y año, dio traslado al INVIAS de esa comunicación.

1.1.10. El 21 de junio de 2000, el director de la interventoría fue citado a una reunión en la Subdirección de Construcción del INVIAS, en la que se le informó que el Director General de la entidad se negó a suscribir el contrato de ampliación del plazo, circunstancia por la que, el contrato había culminado el 31 de mayo.

Y, en efecto, el 10 de julio de 2000, Integral S.A., recibió comunicación en la que se informó acerca de la necesidad de que se procediera a la entrega inmediata de toda la documentación del contrato aludido, toda vez que el vencimiento del mismo había ocurrido desde el 31 de mayo de ese año.

Acatando lo dispuesto por la Subdirección de Construcción del INVIAS, la dirección del proyecto de interventoría, en comunicación No. 028858 del 28 de julio de 2000, se dirigió a la Dirección Regional del Casanare indicándole aspectos de interés para la entrega de la interventoría. Por su parte, la Subdirección de

Construcción dio respuesta al citado planteamiento, el 24 de agosto de 2000, para precisar que la entrega de la interventoría se llevaría a cabo los días 30 de agosto y 1º de septiembre, en la ciudad de Yopal.

1.1.11. Pese a lo puntualizado por la entidad contratante, después del 10 de julio de 2000, las labores de interventoría se siguieron ejecutando, como quiera que luego de esa fecha existieron comunicaciones y actos contractuales originados en ambas partes, en los que se reconoció expresa y tácitamente la condición de interventor a la firma Integral S.A.

1.1.12. En acta del 31 de agosto de 2000, Integral S.A., entregó la interventoría al Director Regional del INVIAS, y se levantó documento en el que se dejó constancia acerca de la prestación del servicio durante los meses de junio, julio y agosto.

1.1.13. Era tan necesaria la interventoría, que el 14 de agosto de 2000, Integral S.A. recibió solicitud del INVIAS sobre cotización para la prestación del servicio de interventoría sobre el faltante de la obra pública mencionada. El 30 de agosto de 2000 el INVIAS comunicó la adjudicación, de nuevo, de la labor de interventoría del contrato No. 137, por lo que las partes suscribieron la orden de trabajo No. 235 por un término de tres meses, la que fue modificada con posterioridad para ampliar el plazo hasta el 30 de diciembre de 2000. En otras palabras, a partir del 30 de agosto de la mencionada anualidad se formalizó, otra vez, la relación contractual entre las partes para el suministro del servicio aludido.

El acta de liquidación de la orden de trabajo No. 235 fue firmada por las partes el 8 de noviembre de 2001, y los servicios prestados fueron cancelados por el INVIAS a favor de Integral S.A.

1.1.14. Como se desprende de los anteriores supuestos fácticos, es posible concluir que Integral S.A., prestó de forma ininterrumpida los servicios de interventoría sobre la obra pública de construcción y pavimentación de los sectores viales Río Tocaría - La Cabuya - Tame, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácoma - Tame, inclusive durante los meses de junio, julio y agosto de 2000, razón por la que se presentó un enriquecimiento injustificado de la entidad demandada, al haberse beneficiado de la actividad de la sociedad demandante sin que existiera el respectivo soporte contractual.

1.2. El Tribunal Administrativo del Casanare admitió el libelo introductorio en auto de 23 de enero de 2003 (fls. 169 y 170 cdno. ppal. 1º); el 8 de mayo del mismo año se abrió a pruebas el proceso para decretar las solicitadas por las partes y el Ministerio Público (fls. 228 y 229 cdno. ppal. 1º) y, por último, en proveído del 3 de junio de 2004 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 232 cdno. ppal. 1º).

Notificada la demanda, el INVIAS la contestó para oponerse a las pretensiones. Sostuvo que la sociedad demandante pretende que se cancelen actividades contractuales que nunca fueron autorizadas, puesto que si bien fue proferido certificado de disponibilidad presupuestal por valor de \$330.000.000,00 lo cierto es que esa sola circunstancia no obligaba a celebrar contrato adicional con la firma Integral S.A., ya que podía seleccionarse a cualquier otro proponente. De otro lado, señaló que de conformidad con el inciso sexto del artículo 58 del decreto - ley 222 de 1983, un contrato estatal no puede prorrogarse si el plazo está vencido, so pretexto de la celebración de uno de tipo adicional, ni se pueden pactar prórrogas automáticas (fls. 176 a 186 cdno. ppal. 1º).

Entre otros aspectos puntualizó:

“(…) La ley 222 de 1983 y 80 de 1993, prohíben expresamente el pago de labores que no hayan sido autorizadas por las Instituciones ejecutoras y sin que previamente se cuente con el registro y apropiación presupuestal correspondiente, incurriéndose por este hecho en celebración indebida de contratos, por lo tanto mal pudieran ordenarnos los protectores del ordenamiento jurídico, a incurrir en la violación de las mismas.” (fl. 184 cdno. ppal. 1º).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 6 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Casanare, declaró responsable a la entidad demandada, y la condenó a pagar las sumas señaladas al inicio de esta providencia. En criterio de esa Corporación, en el asunto *sub examine*, se presentó un enriquecimiento injustificado por parte del INVIAS, fuente de las obligaciones que, en los eventos en que se encuentra acreditada la buena fe del prestador del bien o servicio, debe conducir a un restablecimiento patrimonial del equilibrio quebrantado con el desplazamiento de un sujeto a otro.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“Establecidos los hechos, el problema jurídico se contrae a establecer si la Administración debe ser obligada a pagar los servicios de interventoría prestados sin que mediara relación contractual legalmente configurada.

“Sobre el mismo interrogante, en circunstancias de hecho semejantes a la del presente proceso, estableció el Tribunal [se refiere al Tribunal del Casanare] en sentencia cuya línea se ha reiterado, lo siguiente:

“La premisa normativa se construye a directamente a partir del Art. 90 de la Constitución Política, materializada en tres principios adicionales a ese venero de la responsabilidad pública: por una parte, el de primacía de la realidad sobre las apariencias documentales, cuando media la prestación de servicios personales que bordean connotaciones laborales (art. 53 C.P.).

“En segundo término, por el imperativo ético de conducta que surge del art. 83 de la Carta Constitucional, que rige todas las actuaciones de las autoridades, pues si bien no se trajo la prueba de la promesa del ordenador del gasto de adecuar el contrato celebrado a la realidad del servicio, lo que certificó indica que efectivamente la relación jurídica se trabó bajo ese supuesto de realidad, a lo largo de varios meses.

“Y finalmente, por el principio de enriquecimiento sin causa, que tiene adecuada sustentación en el derecho común a partir del art. 8º de la ley 153 de 1887, dando lugar a daño indemnizable conforme a los arts. 1494 y 1613 del Código Civil. También en precisas fuentes de la ley 80 de 1993, entre ellas, los arts. 3, 4-9, 5-1, 26-4, 27 y 28, que se invocan sin perder de vista que se trata de un evento de responsabilidad extracontractual cuya génesis fue, precisamente, la falta de regulación contractual de la actividad de la actora que la administración hizo desplegar para su beneficio directo...”¹

“La causa jurídica de la obligación de resarcir en eventos como estos, la ha identificado así [el mismo tribunal]²:

“Prestaciones contractuales de hecho - acción in rem verso

“Es preciso, entonces, determinar si procede la pretensión indemnizable por daños cuando un bien privado se mantiene al servicio del Estado, en actividades propias del Estado, sin que medie relación contractual conforme a la ley.

¹ Tribunal Administrativo del Casanare, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 2003-00447.

² Tribunal Administrativo del Casanare, sentencia del 20 de abril de 2006, exp. 2002-00028.

“El Tribunal encuentra procedente en la perspectiva procesal, que a falta de configuración del nexo contractual debidamente perfeccionado en los términos de la ley 80 de 1993 o del estatuto especial que en cada caso aplique, en los eventos en que se establezca que el Estado efectivamente requirió, recibió y aprovechó o utilizó los bienes de los particulares en las actividades propias del servicio, debe resarcir el menoscabo patrimonial que ello ocasione al interesado. Dicha perspectiva surge directamente del art. 90 de la Constitución Nacional, pero la responsabilidad solo cabría imputarse en la medida que se establezca que hubo enriquecimiento del Estado y empobrecimiento correlativo del interesado...”

“(…) La Sala conoce las modulaciones que ha introducido el Consejo de Estado en decisiones recientes³, bajo las cuales la propia culpa del supuesto contratista que acomete actividades que debían estar cubiertas por un vínculo jurídico sin procurárselo, podría resultar suficiente para excluir la responsabilidad pública y servir como título suficiente que valide el desplazamiento patrimonial; sin embargo, en las concretas circunstancias del caso prevalece la connotación de *buena fe* en la conducta del interventor, pues a pesar de haber gestionado con razonable anticipación la enésima prórroga del contrato y de haber facilitado soluciones, incluso transitando los senderos azarosos del código penal, no pudo configurar un nuevo negocio jurídico que sustentara la continuidad de sus labores.

“Nótese que el aviso final de la decisión del INVIAS sobrevino en el mes de julio, cuando el estado de cosas se había consolidado; y que a pesar de la orden de entregar aparentemente la interventoría a un orgánico del Instituto (Director Regional Casanare), todavía en agosto de 2000 fluía normal la comunicación entre el interventor y la administración como si estuviera vigente la cobertura del contrato. De ahí que deban reconocerse efectos vinculantes al comportamiento de las partes, sin que pueda tenerse como loable esa manera de proceder; en ello la censura de la Corporación coincide con la advertencia del Procurador Judicial y ha de proveerse la intervención del organismo de control.”

“(…) (fls. 246 a 255 cdno. ppal. 2ª instancia - cursivas y subrayado del original).

3. Trámite del grado jurisdiccional de consulta

La entidad demandada no recurrió la decisión de primera instancia, motivo por el que el tribunal ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta y remitir el expediente a esta Corporación. En providencia del 22 de febrero de 2008, se dispuso tramitar el grado jurisdiccional de consulta, por cumplirse con los

³ Consejo de Estado, auto del 30 de noviembre de 2006, M.P. Ramiro Saavedra, 25000-23-26-000-1999-01968-01 (25662).

requisitos establecidos en el artículo 184 del C.C.A. (fl. 260 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Alegatos de conclusión

Surtido el trámite correspondiente, alegó de conclusión la parte demandada solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, y para ello reiteró los argumentos formulados en la contestación de la demanda, e insistió que tanto el decreto ley 222 de 1983, como la ley 80 de 1993, establecen la obligación de que todos los contratos estatales consten por escrito. Así mismo, sostuvo que el INVIAS no autorizó la ampliación del plazo del contrato No. 137, ni su ejecución por fuera del término de vigencia; de otro lado, el contratista obró con rebeldía por cuanto solicitada por el INVIAS la entrega de la interventoría y del informe final de ejecución del contrato, aquél se abstuvo de hacerlo con el argumento de necesitar un término de tres meses para ese fin (fls. 269 a 275 cdno. ppal. 2ª instancia).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del grado jurisdiccional de consulta, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente orden conceptual: 1) competencia de la Sala, 2) los hechos probados, 3) identificación del problema jurídico, 4) el enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de las obligaciones, 5) la acción in rem verso, y 6) el caso concreto.

1. Competencia de la Sala

Toda vez que se ordenó tramitar el grado jurisdiccional de consulta (art. 184 del C.C.A.), y al encontrarse acreditados los requisitos establecidos para ello⁴, la Sala tiene competencia en los términos fijados por la norma precitada, con la limitación que impone el mencionado trámite procesal, circunstancia por la cual el estudio y análisis se contraerá a valorar las pruebas y las conclusiones a las que arribó el fallador de primera instancia, para determinar si le asiste o no razón en lo que se refiere a la condena impuesta a la entidad demandada, por cuanto es a favor de ella que se surte el grado jurisdiccional.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio que integra el proceso, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Integral S.A. (fls. 19 a 23 cdno. ppal. 1º).

2.2. Copia auténtica del contrato No. 137 de 1987, para la interventoría de las obras de construcción y pavimentación de los sectores Río Tocaría - La Cabuya - Tame, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácama - Tame, del cual resulta pertinente transcribir las siguientes cláusulas:

“(…) CLÁUSULA TERCERA PLAZO.- El plazo para la ejecución de la interventoría es de veinticinco (25) meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación de los trabajos impartida por la Dirección de Carreteras, con posterioridad al perfeccionamiento del presente contrato.

“(…) CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO.- Podrá suspenderse temporalmente la ejecución del contrato por circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito. El tiempo de suspensión no se computará en el plazo del contrato. La suspensión se hará de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de un acta donde conste el evento que ocasiona la suspensión.

⁴ La condena impuesta supera los 300 SMMLV, a que hace referencia el mencionado precepto. De otro lado, el proceso tiene vocación de doble instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada, corresponde a la de los costos de los servicios prestados por un valor de \$172.390.896,00 suma que supera la cuantía establecida para que un proceso iniciado en el año 2002, tuviera vocación de doble instancia (\$154.500.000,00), según lo establecido en la ley 446 de 1998, disposición que, para los referidos efectos, se encontraba vigente para ese preciso momento, puesto que la sentencia fue proferida el 6 de diciembre de 2007, esto es, con posterioridad al 1º de agosto de 2006, fecha en que entraron a operar los juzgados administrativos.

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA MODIFICACIÓN DEL VALOR O DEL PLAZO.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV del Decreto 222 de 1983, cuando por circunstancias especiales distintas al mero interés público haya necesidad de modificar el plazo o el valor del presente contrato, se podrá suscribir un contrato adicional. En ningún caso podrá modificarse el objeto del contrato principal, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, ni se pactarán prórrogas automáticas. Únicamente se harán modificaciones en cuanto al valor de contrato y al plazo del contrato, previa justificación técnica. Además se tendrá en cuenta lo estipulado en los artículos 18 y 20 a 23 del Decreto ley 222 de 1983. Para que el FONDO VIAL pueda considerar la petición de suscripción de un contrato adicional de plazo, éste deberá hacerse por EL INTERVENTOR con una antelación no menor de dos y medio meses a la fecha de vencimiento del plazo vigente, y deberá presentarse EL INTERVENTOR a suscribirlo en la fecha que señale EL FONDO VIAL con la documentación requerida al efecto, sin perjuicio de que se pueda declarar la caducidad del contrato por incumplimiento u otra causal que se haya configurado.

“(...)” (fls. 24 a 31 cdno. ppal. 1º - mayúsculas del original).

2.3. Copia íntegra y auténtica de los contratos adicionales No. 323 del 13 de julio de 1989, mediante el cual se amplió la vigencia del negocio jurídico inicial, hasta el 15 de marzo de 1990 (fl. 32 cdno. ppal. 1º); No. 370 del 28 de julio de 1989, a través del cual se incrementó el valor del contrato principal (fl. 33 cdno. ppal. 1º); No. 0067 del 15 de marzo de 1990, en el que se prorrogó el plazo del contrato inicial hasta el 15 de marzo de 1991 (fl. 35 cdno. ppal. 1º); No. 139 del 28 de marzo de 1990, por el cual se adicionó el valor del contrato original (fl. 36 cdno. ppal. 1º); No. 061 del 25 de febrero de 1991, en el que las partes convinieron una modificación de la vigencia del contrato inicial hasta el 15 de septiembre de 1995 (fl. 38 cdno. ppal. 1º); No. 0663 del 6 de septiembre de 1991, en el que se prorrogó el plazo hasta el 15 de marzo de 1992 (fl. 39 cdno. ppal. 1º); No. 890 del 3 de diciembre de 1991, en el que se adicionó el costo del contrato inicial (fl. 41 cdno. ppal. 1º); No. 1005 del 24 de diciembre de 1991, el que adicionó, de nuevo, el valor del contrato (fl. 42 cdno. ppal. 1º); No. 090 del 28 de febrero de 1992, a través del cual se prorrogó el negocio jurídico hasta el 15 de marzo de 1993 (fl. 44 cdno. ppal. 1º), entre otros.

2.4. Copia auténtica e íntegra del contrato adicional No. 137-24-87-2000, suscrito el 28 de marzo de 2000, entre el IVIAS y la sociedad demandante, con el propósito de prorrogar el plazo del contrato No. 137 hasta el 30 de mayo de 2000, como quiera que, según los antecedentes del negocio jurídico, el plazo de ejecución del

contrato de obra vencía el 30 junio de esa anualidad, razón que justificaba la ampliación de la interventoría (fl. 69 cdno. ppal. 1º).

2.5. Oficio No. CS 17495 del 19 de junio de 1987, del Director de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (hoy del Transporte) en el que consta que el contrato de interventoría No. 137 inició el 16 de junio de ese año (fl. 70 cdno. ppal. 1º).

2.6. Copia auténtica de la comunicación dirigida al INVIAS por Integral S.A., a través del director del proyecto, calendada el 22 de febrero de 2000 - y radicada en correspondencia de la entidad contratante el 24 de los citados mes y año— en la que se solicita al Subdirector de Construcción de la entidad pública, la ampliación del plazo del contrato No. 137 hasta el 31 de julio de ese año, toda vez que se presentaron alteraciones de orden público y climático que dificultaron el normal desarrollo de las obras de construcción, circunstancias que motivaron la prórroga del contrato de obra hasta el 30 de junio de 2000, razón por la que se consideró necesario extender la vigencia de la interventoría (fl. 72 cdno. ppal. 1º).

2.7. Comunicación del 10 de mayo de 2000, dirigida a la Subdirectora de Construcción (E) del INVIAS, en la que el director del proyecto de interventoría, manifiesta lo siguiente:

“De acuerdo con el desarrollo de los trabajos de construcción y con la obra faltante por ejecutar, la fecha de finalización de la carretera mencionada en el asunto se extenderá más allá de la programada para su terminación: 30 de junio de 2000. Por tal consideración, y con el fin de seguir atendiendo la interventoría de la construcción, nos permitimos solicitar la ampliación de nuestro contrato, inicialmente, hasta el 30 de septiembre de 2000, para lo cual, presentamos a su consideración y aprobación los recursos necesarios por un valor de \$330.000.000 millones de pesos, incluido el IVA, período junio 1 - septiembre 30 de 2000. Adjuntamos el anexo para solicitud de contrato adicional con los detalles respectivos.

“Teniendo en cuenta las dificultades por las que atraviesa la situación económica del país y su incidencia en el desarrollo del PAC del INV, Integral se compromete, a presentar facturas de cobro, sólo cuando sea autorizado por el INV.

“(...)” (fl. 74 cdno. ppal. 1º).

2.8. Copia auténtica de la comunicación fechada el 26 de mayo de 2000, radicada en el INVIAS el 29 de ese mismo mes y año, en la que Integral S.A., reitera los planteamientos del documento anterior, en el sentido de la necesidad de suscribir contrato adicional para que la interventoría del proyecto cubija la ampliación en el plazo de terminación de las obras, es decir, hasta el 31 de julio de ese año (fl. 76 cdno. ppal. 1º). La solicitud referida fue reiterada, de nuevo, el 31 de mayo de 2000, en carta dirigida a la Subdirectora de Construcción (E) del INVIAS (fls. 78 a 80 cdno. ppal. 1º).

2.9. Copia auténtica del oficio No. 014640 del 19 de junio de 2000, suscrito por la Subdirectora de Construcción (E) dirigido a Integral S.A., en el que la entidad contratante le puntualiza lo siguiente:

“Para su conocimiento y fines pertinente, me permito informar que a partir de la fecha todas las vallas informativas del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, localizadas en las carreteras deben llevar el eslogan: “Construimos las vías de la Paz” (fl. 86 cdno. ppal. 1º - mayúsculas del original).

2.10. Copia íntegra y auténtica del oficio No. 016389 del 11 de julio de 2000, en el que se informa al consorcio contratista de la obra Río Tocaría - La Cabuya, así como al interventor de la obra, esto es, a la sociedad Integral S.A., que la factura de venta No. 097 del 4 de julio de 2000, junto con el acta de obra y ajuste provisional No. 152, presentan observaciones (fl. 87 cdno. ppal. 1º).

2.11. Copia auténtica de la comunicación emitida por Integral S.A., de 17 de julio de 2000, en la que se precisa a la entidad contratante lo siguiente:

“A los funcionarios del INV, que tienen que ver con el manejo de los asuntos relacionados con la carretera de la referencia, les consta que en el período enero a mayo de 2000 estuvimos tratando permanentemente sobre la ampliación del contrato de interventoría en valor y plazo, y que toda la documentación necesaria, incluyendo el compromiso de INTEGRAL de no presentar facturas de cobro hasta no tener autorización del Instituto, una vez resuelto el tema del PAC, fue presentada oportunamente antes del 30 de mayo de 2000.

“De los funcionarios del INV siempre recibimos información en el sentido de que el contrato sería ampliado, pero, según lo que hemos entendido, el contrato no fue firmado oportunamente por causas que escapan a nuestro control y al de sus funcionarios subalternos.

“Ante la casi certeza que se tenía por las partes de que el contrato de interventoría sería ampliado, nunca se trató el tema de una eventual entrega de la interventoría. Fue entonces, completamente claro que hasta antes de su comunicación No. SCT 016105, la interventoría no había recibido instrucciones de desmovilizarse y hacer entrega a la Regional Casanare.

“Para determinar la importancia de la interventoría, mencionamos las características del presente proyecto:

“- Tiene longitud de 130,5 Km

“- Fue comenzado hace trece años, durante los cuales hemos sido responsables, inicialmente, del diseño y la interventoría, y más tarde, de la interventoría de construcción hasta la fecha.

“- Las inversiones mensuales actuales del contratista sobrepasan los mil millones de pesos.

“- La inversión total faltante en el proyecto es del orden de los ocho mil millones de pesos.

“- Actualmente, una de las actividades en ejecución es la pavimentación, la cual requiere dedicación permanente por parte de la interventoría.

“Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que la entrega de la interventoría requiere un tiempo de tres meses, contados a partir del 6 de julio de 2000. En consecuencia, bajo estos conceptos procederemos a atender las instrucciones de su comunicación SCT 016105.” (fls. 100 y 101 cdno. ppal. 1º - mayúsculas del original).

2.12. Copia auténtica del oficio No. 018903 del 2 de agosto de 2000, en el que la Subdirectora de Construcción del INVIAS, solicita a la sociedad interventora que aclare el informe No. 152, correspondiente a junio del presente año, con el propósito de determinar la longitud ejecutada acumulada de la sub base, toda vez que en mayo se reportó un avance acumulado de 116,69 kilómetros y en junio retrocedió a 115,77 km. (fl. 105 cdno. ppal. 1º).

2.13. Oficio SCT-020039 del 14 de agosto de 2000, en el que el INVIAS, a través de la Subdirección de Construcción, invita a la sociedad Integral S.A. a presentar cotización (contratación directa) para la “Interventoría de las obras de construcción y pavimentación de los sectores Río Tocaría - La Cabuya - Tame, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácame - Tame, proyecto con una duración de 4 meses, y una disponibilidad presupuestal de \$130.000.000,00 (fls. 107 a 109 cdno. ppal. 1º)

2.14. Copia íntegra y auténtica del Oficio SCT-021156 del 24 de agosto de 2000, en el que la Subdirectora de Construcción del INVIAS, le reitera al contratista Integral S.A., los aspectos que se transcriben a continuación:

“En atención a su oficio No. 184221 del 17 de julio de 2000, mediante el cual informan que para entregar la interventoría requieren de tres (3) meses, contados a partir del 6 de julio del presente año, me permito reiterar a ustedes la orden de entrega de la interventoría, impartida mediante comunicación SCT-016105 del 6 de julio del 2000.

“Tomando en consideración que el plazo del contrato de la referencia venció el 30 de mayo del año en curso y no fue prorrogado, razón por la cual se debe proceder a la liquidación del mismo, les comunico que la entrega de la interventoría se llevará a cabo durante los días 31 de agosto y 1º de septiembre del año en curso, en la ciudad de Yopal, sede de la Dirección Regional Casanare.” (fl. 114 cdno. ppal. 1º).

2.15. Copia del Oficio No. SCT-021676 del 30 de agosto de 2000, en el que se comunica a la sociedad Integral S.A., que le fue adjudicado el proceso de contratación directa No. SCT-C007-2000, razón por la que se debe acercar el representante legal a la oficina de contratos de la Subdirección de Construcción para los trámites de la correspondiente orden de trabajo (fl. 115 cdno. ppal. 1º).

2.16. Copia íntegra y auténtica de la orden de trabajo No. 0235 suscrita por el INVIAS e Integral S.A., el 31 de agosto de 2000, cuyo objeto es la contratación de la interventoría de las obras de construcción y pavimentación de los sectores Río Tocaría - La Cabuya - Tame de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácamá - Tame (fls. 118 a 121 cdno. ppal. 1º).

2.17. Oficio No. SCT-016105 del 6 de julio de 2000, en el que se solicita a Integral S.A., proceder a la entrega de toda la documentación relacionada con el desarrollo de la interventoría realizada por esa firma a partir del contrato No. 137 de 1987, como quiera que éste venció el 30 de mayo (fl. 127 cdno. ppal. 1º).

2.18. Copia auténtica del acta de recibo de la interventoría de las obras del sector Río Tocaría - La Cabuya - de la carretera Yopal - La Cabuya, del 31 de agosto de 2000, suscrita por el representante de Integral S.A. y el Director Regional del INVIAS, por vencimiento del contrato No. 137 de 1987, de la cual es pertinente resaltar los siguientes aspectos consignados en la misma:

“(…) VALOR TOTAL DEL CONTRATO INCLUIDO IVA:
\$5.167.391.363,00

“FECHA DE INICIACIÓN: 16 de agosto del (sic) 1987.

“FECHA DE VENCIMIENTO: 30 de mayo de 2000.

“NOTA: Como el contrato No. 0179-87 expiraba el 30 de junio de 2000, al cual, la entidad amplió el plazo hasta diciembre 30/00, toda vez que existía valor del contrato por invertir en las obras faltantes para terminar las metas físicas proyectadas, la interventoría además de realizar los trámites de entrega de documentos necesarios para la liquidación de su contrato, continuó supervisando la ejecución de las obras durante los meses de junio, julio y agosto de 2000, causando costos, por interventoría, que ascendieron a pesos \$172.390.895,50 según se muestra en el cuadro 3.

“(...)” (fl. 13 cdno. No. 3).

2.19. Experticio rendido por un perito contador, en el que se puntualiza lo siguiente:

“(...) Como hasta la fecha Integral S.A. no ha elaborado, liquidado, ni presentado las facturas definitivas por cada uno de los períodos cuyo reconocimiento solicita y sólo tiene contabilizados los registros por causación a diciembre 30/2000 de la factura pro-forma No.1068, así:

“Vr. Servicios prestados durante junio, julio y agosto
\$141.000.000,00

“15% IVA
\$21.000.000,00

“Total
\$162.150.000,00

“Considera el suscrito que, en caso de que le fueran favorables sus pretensiones, este último valor debería ser el reconocimiento dentro de la demanda.

“(...)” (fls. 32 a 36 cdno. No. 2).

Debe advertirse, al igual que lo hizo el *a quo*, que si bien una vez rendido el dictamen pericial no se corrió el traslado de que trata el artículo 238 del C.P.C., lo cierto es que, esa específica circunstancia no genera un vicio o nulidad insaneable del proceso, como quiera que se garantizó el principio de contradicción de la prueba, puesto que al margen de que se omitió correr el término de traslado, resulta incuestionable que las partes lo conocieron y pudieron controvertirlo pues se integró oportunamente al proceso; además, corrido el plazo para alegar de conclusión, ninguno de los extremos de la relación jurídico procesal se pronunció sobre el particular, razón para señalar que esa irregularidad se encuentra saneada

en los términos del párrafo del artículo 140 *ibidem*, tal y como lo ha reiterado la Sala en un asunto similar, oportunidad en la que se precisó:

“Aplicando estos criterios al presente caso, encuentra la Sala que cuando la Procuraduría remitió el expediente disciplinario adelantado por esa entidad al proceso de la referencia no se corrió el traslado a las partes respecto de los documentos públicos que obran en el mismo para garantizar el derecho de contradicción, sin embargo, advierte la Sala que dicha circunstancia no constituye causal expresa de nulidad en los términos del artículo 140 del C. de P. C., por manera que se trata de una irregularidad que quedó saneada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo de la norma en comento, según el cual *“Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece”*⁵

2.20. Testimonio del señor Roberto Eugenio Ante Solarte, rendido ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (Juzgado Comisionado), del que vale la pena transcribir lo siguiente:

“(…) PREGUNTA: Manifiéstele al despacho si usted conoce al demandante, en caso afirmativo desde hace cuánto y por qué motivo.

“CONTESTÓ: sí señor conozco al demandante INTEGRAL S.A. desde hace más de 30 años pero últimamente por las relaciones que se tuvo en, relacionadas con el contrato de construcción de la carretera Río Tocaría La Cabuya en el cual el suscrito era el director de obra del consorcio constructor e Integral S.A. era la firma interventora.

“PREGUNTA: dígame al despacho si sabe o le consta respecto del contrato No. 137 suscrito entre INVIAS e INTEGRAL S.A. se presentaron adiciones en cuanto al valor y en cuanto al plazo, en caso afirmativo, manifiéstele si sabe o le consta los acuerdos por medio de los cuales se presentaron las modificaciones.

“CONTESTÓ: si sé que el contrato a que usted hace referencia fue ampliado el plazo y el valor en múltiples ocasiones entre 1987 y el año 2000 detalles pues no recuerdo en este momento de cuantía o fechas exactas.

“(…) PREGUNTA: sabe usted si durante el año 2000 la interventoría fue dejada de ejecutar por la firma Integral S.A. si en alguna ocasión la firma constructora recibió alguna comunicación por parte del INVIAS donde se manifestara que INTEGRAL dejaba de ser la firma interventora.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2009, exp. 23678, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“CONTESTÓ: durante todo el año 2000 la firma INTEGRAL S.A. ejerció las funciones de interventoría sin ninguna solución de continuidad prueba de ello son las actas mensuales de recibo de obra, las cuales están suscritas por el representante de la firma INTEGRAL a lo largo de todo el año.

“(…) PREGUNTA: sírvase indicar al despacho si durante el período comprendido entre el 31 de mayo y 31 de agosto del año 2000 hubo alguna interrupción o suspensión del contrato de interventoría y del contrato de construcción de obra y si después del 31 de agosto del año 2000 se siguieron ejecutando los contratos y hasta cuando si lo recuerda.

“CONTESTÓ: en el período mencionado del 31 de mayo al 31 de agosto el contrato de construcción no tuvo ninguna suspensión y el mismo continuó su ejecución hasta el 30 de diciembre del 2000 fecha final de terminación, en cuanto al contrato de la interventoría la firma Integral S.A. en esos mismos períodos continuó prestando sus servicios prueba de ello como se dijo anteriormente es que mensualmente suscribía las actas de recibo de obra ejecutada.

“(…)” (fls. 118 a 120 cdno. No. 2).

2.21. De folios 170 a 178 del cuaderno número dos, se aprecian las declaraciones de los señores Juan Segundo Zúñiga y Manuel José Londoño, quienes se encuentran vinculados laboralmente con la sociedad Integral S.A., y si bien éstos poseen conocimientos sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló y ejecutó el contrato de interventoría No. 137 de 1987, lo cierto es que no serán valoradas en esta instancia, por tener vínculos de dependencia con la parte demandante.

3. Identificación del problema jurídico sometido a consideración de la Sala

Las consecuencias jurídicas de la ejecución de una prestación –sea una obra, un bien o un servicio– sin que exista previamente un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas jurídicos que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.

Como quiera que en el caso concreto las pretensiones contenidas en la demanda fueron elevadas con fundamento en el enriquecimiento injustificado del INVIAS, y la sentencia de primera instancia definió la controversia con aplicación de la citada fuente de las obligaciones, se torna imperativo abordar el análisis de esa específica figura en el ámbito nacional, así como del instrumento procesal idóneo para su reclamación, con el fin de establecer si, en el *sub lite*, la sociedad demandante tiene o no derecho a la indemnización o compensación reclamada.

En primer lugar, el enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso son dos instituciones distintas, cuya diferencia se concreta en la idea de que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la *actio in rem verso* es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general.

La prohibición del enriquecimiento injustificado tiene soporte en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, en virtud del cual:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, y las reglas generales del derecho.”⁶

De esta manera, el origen de la figura ha sido doctrinario y jurisprudencial, pues, como puede verse, la norma no contempla de manera expresa la institución, pero han sido estas otras fuentes del derecho quienes han formulado la regla, tal como se conoce hoy en día. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho comercial positivizó la figura en el artículo 831, de la siguiente manera:

“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

No obstante, ni el derecho civil ni el derecho administrativo han consagrado normas similares, lo cual no ha constituido un obstáculo para que éste último la

⁶ Esta norma fue demanda ante la Corte Constitucional, y fue declarada exequible mediante el fallo No. D-665, del 1o. de marzo de 1995, con Ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz

utilice: i) en unos casos por analogía, ii) en otros por aplicación directa del art. 831 –como en materia contractual, pues la ley 80 de 1993 incorpora los preceptos del derecho privado para su complementación-, iii) en otros de forma directa de los principios generales del derecho y, finalmente, iv) en virtud de la jurisprudencia, que es fuente auxiliar del derecho –art. 230 CP. -.

Como se advierte, se tiene claridad con respecto a la aplicación de este principio general del derecho, pero las razones que a lo largo de los años han decidido las cosas así varían sustancialmente. Sin embargo, hasta ahora no se ha considerado la razón por la cual existe la figura que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Al respecto se puede decir que se dan varias justificaciones:

De un lado, la equidad pues esta manda que los derechos y las obligaciones entre las personas, en sus relaciones, se desarrollen de manera armónica, y ajustando las cargas entre estos de forma proporcionada. Pues bien, para la equidad resulta inadmisibles que una persona se empobrezca a causa de otra, sin que esta esté dotada de un título suficiente que justifique su enriquecimiento.

De otro lado, y recientemente, el artículo 95 de la Carta Política formuló como un derecho constitucional sobre el cual puede descansar este principio general del derecho. En virtud de esta norma, que consagra los deberes y las obligaciones de las personas, los colombianos deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios –numeral 1-.

Ahora bien, tanto la justicia contencioso administrativo y civil se han servido de este principio general del derecho para resolver supuestos en los cuales una persona se enriquece a costa de otra, sin causa justificada para ello. Esta situación, sin embargo, no ha tenido desarrollos uniformes en una y otra jurisdicción, desde el punto de vista de los elementos y requisitos de la figura, conforme lo analizaremos más adelante.

Pese a lo anterior, sí es bueno precisar, en este momento, que en materia contractual, o por lo menos en relación con hechos que afectan la normatividad que rige los contratos estatales, han existido normas que inciden sobre la figura del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*. Se trata de disposiciones que han limitado la ejecución de contratos estatales sin el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, o de normas que prohíben el pago de hechos cumplidos, es

decir, de situaciones que ocurren de facto, o sea sin la observancia de los preceptos que regulan la materia.

En efecto, el artículo 202 del decreto 150 de 1976, prohibía ejecutar contratos no perfeccionados:

“Art. 202.- De la prohibición de ejecutar contratos no perfeccionados. Solo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen.”

La misma norma se contempló el artículo 299 del Decreto ley 222 de 1983:

“Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieron debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente estatuto no podrá pagarse o desembolsarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen”.

Por su parte, menos exigente que las dos normas anteriores, porque no impuso el castigo de que no se pudieran pagar los trabajos ejecutados sin contrato, no obstante que es categórica en señalar la importancia del perfeccionamiento del negocio, la ley 80 de 1993 dispuso que:

“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.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.
(...)”

El anterior es el marco legal sobre el cual se edifica el análisis del enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa, motivo por el que resulta

pertinente efectuar un análisis sobre el desarrollo de la institución, los planteamientos recientes, así como el contenido y alcance de la misma.

4. El enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de las obligaciones

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 de 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.⁷

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

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, determina la acción a ejercer para obtener la declaración correspondiente.

⁷ 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.”

Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden nacer de un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante el incumplimiento 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 otros ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento injustificado.

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 del 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.”⁸ (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, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la

⁸ OSPINA Fernández, Guillermo “Régimen General de las Obligaciones”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 42 y 43.

misma proporción se empobrece de manera injustificada⁹, razón por la que se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

De otro lado, sobre el enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia de la Sala en importante pronunciamiento señaló que:

“... para que se estructure..., tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han exigido la presencia de los requisitos que muy brevemente se relacionan

“a) Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.

“b) Por empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico.

“Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta.

“c) Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra;

“d) Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura;

“e) Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente.”¹⁰

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

⁹ “(...) [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.

¹⁰ Sentencia de septiembre 6 de 1991. Exp. 6306. CP. Daniel Suárez Hernández

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, como quiera que son elementos sustanciales para su perfeccionamiento.¹¹

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 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.”

En ese orden, en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la orbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado.

Esta circunstancia fue puesta de presente en reciente pronunciamiento de la Sala, oportunidad en la que, con especial *sindéresis*, se puntualizó:

“El conjunto de estas circunstancias evidencia que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de controversias contractuales, por la parte actora, realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, ni las pretensiones tienen como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un

¹¹ “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...”

contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual, sino que realmente se trata de una acción muy diferente, denominada acción de enriquecimiento sin causa.

“En este orden de ideas, debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de *in rem verso*, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual.”¹²

De otro lado, vale la pena señalar que la Sección Tercera se ocupó de determinar cómo la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa admite, *prima facie*, un desconocimiento de la ley de contratación, máxime si fue una manifestación de la voluntad de la administración la que originó la actividad desplegada por el particular, y señaló que de no indemnizarse a este último se enriquecería injustamente el Estado; en efecto, la jurisprudencia sostuvo en esa oportunidad que:

“Se anota, en primer término, que desde el punto de vista del régimen de la contratación administrativa, se puso en evidencia que la entidad pública se lo llevó de calle. Muestran los hechos un fraccionamiento artificial del contrato de obra pública, presumiblemente para eludir las normas sobre licitación, so pretexto de urgencia. Dada la fecha de ocurrencia de los hechos, las violaciones se dieron en relación con el decreto 150 de 1.976.

“Con todo, la aplicación estricta de este régimen legal propiciaría en este evento un enriquecimiento sin causa a la entidad pública y un empobrecimiento consecuencial al Doctor José Antonio Velasco Pardo, quien le construyó al Instituto una serie de obras en la unidad Bellavista de la seccional del Valle del Cauca.

“Fuera de estos enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, en el presente asunto también se cumple el otro presupuesto de la *actio in rem verso* (el de la subsidiaridad de la acción), porque el Doctor Velasco no tenía la acción contractual propiamente dicha que le hubiera permitido obtener el restablecimiento de un derecho, porque el contrato de obra pública no se celebró como lo mandaba el ordenamiento y ni siquiera aparece por escrito.

“Para la Sala, entonces, se dio un enriquecimiento sin causa en el presente asunto y la administración deberá indemnizar al demandante...”¹³

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 15 de 1990. Exp. 5883. CP. Carlos Betancur Jaramillo

Como se aprecia, según la perspectiva jurisprudencial trazada, el control de legalidad de la actuación administrativa corresponde única y exclusivamente a la entidad contratante, razón por la que en una clara ponderación entre el principio constitucional de buena fe (art. 83 C.P.) y los postulados de legalidad contenidos en los estatutos de contratación pública, se prefirió proteger el primero y ordenar el restablecimiento patrimonial desencadenado con el enriquecimiento injustificado de la administración estatal.

Se reconoce sin ambages, entonces, que la administración es la garante de la legalidad del contrato, de su perfeccionamiento y ejecución, puesto que es ella la que lidera el proceso de selección del contratista, es decir, la etapa precontractual.

La misma orientación se expresó en 1991, cuando se puntualizó:

“Para la Sala, la sentencia deberá confirmarse, por cuanto ella se ajusta no sólo a la realidad procesal sino a la orientación de la jurisprudencia. Jurisprudencia que ha venido manejando situaciones como la aquí tratada con apoyo en la “actio in rem verso”.
(...)

“Para la Sala el Fondo adeuda la suma indicada, tal como lo sostiene el a - quo. Es un hecho plenamente establecido que la contratista ejecutó un trabajo y que éste fue recibido a satisfacción por la entidad. Trabajo que debió respaldarse en el contrato adicional 378 que no logró perfeccionarse pese a las gestiones de la contratista y por la conducta asumida por el Fondo.”¹⁴

No obstante lo anteriores planteamientos, a partir del año 2006, tal y como lo reconoce expresamente el *a quo*, se surtieron ciertas modificaciones al criterio jurisprudencial aceptado, para sostener, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “*enriquecimiento sin causa*” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse - para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca - mediante una causa que se considere ajustada a derecho.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 22 de 1991, exp. 5618. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

Con base en lo anterior se advierte que para la configuración del “enriquecimiento sin causa”, resulta esencial **no advertir** una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho. De lo hasta aquí explicado se advierten los elementos esenciales que configuran el enriquecimiento sin causa, los cuales hacen referencia a: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones.

“(…) Sin embargo, aunque en la actualidad los injustos desplazamientos patrimoniales subsisten, y con ello, la necesidad de enmendar situaciones abiertamente injustas; lo cierto del caso es que los actuales niveles de desarrollo y evolución difieren del grado evolutivo que rodeó el origen del “enriquecimiento sin causa”, puesto que las relaciones jurídicas han llegado a un grado de regulación y perfeccionamiento, en el que el “enriquecimiento injustificado” ha pasado a ser una situación de rara utilización como medio de administrar justicia. Tan cierto es lo anterior, que la “actio in rem verso” tiene un carácter subsidiario, tal como lo ha previsto la Corte Suprema de Justicia, al anotar que no se debe estar frente a una situación nacida de las tantas relaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico, que tienen formas específicas de resolver sus desequilibrios…

“(…) Y tanto así ha evolucionado nuestra sociedad, que en los casos de contratos celebrados con la administración pública, el ordenamiento jurídico ha previsto la misma protección que tiene cualquier negocio jurídico particular, más las normas específicas que buscan la satisfacción y protección del servicio y patrimonio públicos.

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

“En este punto cabe aclarar entonces, que la figura del “enriquecimiento sin causa” es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los

eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho.

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

“(…)” (negritas del original)¹⁵

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

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

En efecto, la Sección, sobre la teoría del enriquecimiento sin justa causa, precisó:

“La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se juzga, siempre y cuando se reúnan exigencias tales como la existencia de un enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezcan de causa jurídica, la buena fe en la actuación y en la inexistencia de otra acción que

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 30 de marzo de 2006, exp. 25662, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, posición esta que fue reiterada, en términos morigerados, a través de sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 14669.

permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha edificado la procedencia de la actio de in rem verso. Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1o. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.”¹⁶

Y, de otra parte, en relación con la prestación material de un servicio o ejecución de una obra sin que exista negocio jurídico de por medio, esta misma Sección 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.**”¹⁷(resalta la Sala).

En esa medida, para la Sala existen una serie de consideraciones que permiten avalar la anterior línea jurisprudencial trazada desde 1990 y, por consiguiente, precisar la fijada a partir de marzo de 2006; lo anterior, tiene su *logos* en el siguiente razonamiento:

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 1991, exp. 6103, M.P. Daniel Suárez Hernández.

El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (*actio de in rem verso*), no ostenta el carácter de fuente subsidiaria de las obligaciones, como quiera 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.

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

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

ii) “Los negocios de enajenación realizados por quienes carecen de derecho y que son válidos a favor del adquirente de buena fe, enriqueciendo, por tanto, indirectamente al enajenante, que recibe la contraprestación, sin que tal enriquecimiento pueda justificarse a la luz de la justicia y la equidad.”¹⁸

iii) La unión inseparable de cosas propias en propiedad ajena, que lleva, por razones de lógica jurídica y de interés económico general, a una pérdida de derechos que respecto de la persona propietaria de la cosa que se ha unido a la primera no es justa.¹⁹

Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público– consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos; no obstante, debe insistirse, es respecto de la administración pública que se hace más exigente el principio de

¹⁸ DE CASSO Romero, Ignacio y CERVERA, Francisco “Diccionario de Derecho Privado”, Ed. Labor S.A., Tomo I, 1950, Pág. 1793

¹⁹ *Ibidem*.

legalidad, razón por la que, en cada caso concreto habrá de analizarse de manera independiente y autónoma la conducta asumida por el particular y por la entidad contratante. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario-, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal; a *contrario sensu*, la protección constitucional al principio de buena fe genera que se proteja, sin restricción alguna, al particular en aquellas circunstancias en las cuales la confianza de la administración, así como su voluntad y comportamiento es el que genera la prestación de un bien o servicio sin el respectivo soporte o basamento contractual.

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

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

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

No se trata de reconocer una indemnización de perjuicios, sino, simplemente, de aplicar una fuente concreta de las obligaciones, que ordena compensar los desequilibrios económicos de las partes cuando los mismos ostentan la condición de injustificados, y máxime si provienen de la buena fe²⁰ con que actúa una de las partes conectadas por el vínculo obligacional derivado de la ley, y ajeno al contrato, por ser éste, tal y como se señaló anteriormente inexistente.

En ese específico sentido, la jurisprudencia de esta Sección, puntualizó lo siguiente:

“En este orden de ideas y teniendo presente que el ordenamiento jurídico dispensa una adecuada protección jurisdiccional a la confianza ajena y que en el caso concreto la firma contratista, actuando de buena fe y creyendo en las manifestaciones que la entidad les dirigió, inició la ejecución de las transmisiones publicitarias, efectuadas todas en beneficio y a instancias de la administración distrital, única persona que se benefició de la prestación de dichos servicios, los cuales como queda visto habrían de realizarse en una época predeterminada por las partes, como que la utilidad de la prestación a la que se obligó el demandante habría de satisfacerse precisamente dentro de la transmisión del campeonato mundial de fútbol, pues ese el objeto específico, clara e inequívocamente manifestado por las partes dentro de toda la etapa de negociaciones preliminares, que no alcanzaron a concretarse en documento escrito, exigido por las normas imperativas a la sazón vigentes, fueron las circunstancias que a no dudarlo propiciaron, con la complacencia de la entidad demandada, que el hoy actor iniciara la transmisión de las cuñas publicitarias.

“En este punto es necesario reiterar lo manifestado por esta corporación en punto del manejo de todas aquellas situaciones de hecho que suelen ocurrir antes de suscribir los contratos y que por ende dan lugar al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.

²⁰ “Como se anticipara en párrafos anteriores, esta etapa [se refiere a la de tratativas] debe estar conducida también por la buena fe que debe observarse en la celebración de los contratos.

“De tal manera que, cualquiera que sea la entidad, extensión o forma de manifestarse, ello debe ser practicado e interpretado de buena fe.

“Sin perjuicio de ello, se ha expresado que en muchas ocasiones las tratativas exceden en contenido, extensión y sentido explicativo al contrato mismo.” MOSSET Iturraspe, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A. “Responsabilidad precontractual”, Ed, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Pág. 122.

“En providencia de septiembre 10 de 1992, expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A., con ponencia del doctor Julio César Uribe Acosta, sobre el punto de la confianza la Sala hizo suya la siguiente cita del profesor Karl Larenz, de la obra Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica. Ed. Civitas, Págs. 90 y s.s.:

"El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho - con independencia del cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la DESAPARICION DE LA CONFIANZA, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras".

“Recuérdese además que la jurisprudencia y la doctrina reconocen la obligación que surge para la administración de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, precisamente con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado y que de conformidad con el precepto constitucional contenido en el art. 83 de nuestra Carta Política la buena fe se presume y los particulares y autoridades públicas deben ceñirse a dichos postulados.

“No está de sobra recordar que la ruptura injustificada por una de las partes de los tratos que preceden al perfeccionamiento del negocio jurídico, que por cierto en el presente proceso ya se encontraban bien adelantados, es el fundamento de la obligación indemnizatoria, **precisamente en aplicación del principio de la buena fe, entendida naturalmente como corrección y lealtad, que imponía en el desarrollo de las negociaciones un deber de información de una parte a la otra sobre las circunstancias que pudieran dar al traste o frustrar el negocio proyectado.**

“(...)” (Negritas y subrayado adicionales)²¹

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1998, M.P. Daniel Suárez Hernández.

De otro lado, el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento sin causa, hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el incremento en su patrimonio²²; en consecuencia, 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 desmedro del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado.

La figura del enriquecimiento sin causa, no supone el pago de una indemnización de perjuicios a favor del demandante –puesto que no se ha ocasionado un daño antijurídico-, sino, simplemente, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998) recomponer o compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro sin que exista soporte que lo justifique.

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 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.

²² RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean “Tratado de Derecho Civil”, Ed. La ley, Buenos Aires, Tomo de Obligaciones 2ª parte, Pág. 264.

El enriquecimiento sin causa, encuentra su fundamento y núcleo esencial en el postulado de la buena fe²³ enunciado en el artículo 83 de la Carta Política²⁴, 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-²⁵.

La anterior apreciación, en la medida que no es susceptible partir de la calificación malintencionada del particular que intervino en el acuerdo de voluntades (etapa previa) 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, actividad o prestación servicio) a favor del particular, en términos del principio de confianza legítima²⁶, 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.

Bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, en el desarrollo de sus diversas actuaciones debe procurar la 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, en eventos como el que ocupa la atención de la Sala, es necesario que la actividad del particular haya sido motivada, previamente, por

²³ 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.

²⁴ “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.”

²⁵ 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...”

²⁶ “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.

un acto propio de la administración que genera una expectación (expectativas racionales objetivas) del particular²⁷.

Con especial *sindéresis*, la doctrina ha desarrollado la relación existente entre la doctrina de las expectativas razonables y la buena fe, en los siguientes términos:

“Se hace evidente la afirmación de la doctrina de las expectativas razonables en la buena fe objetiva, es decir, entendida como regla de conducta que impone la actuación recta y honrada, que tiene como consecuencias, siguiendo a DIEZ - PICAZO²⁸, ser “fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”; es, así mismo, “causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico”. Por ello, “el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico - social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas”. Esto se proyecta en diversos aspectos: en primer lugar, obliga a los (potenciales) contratantes a adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa de constitución de tales relaciones (diligencia *in contraendo*); en segundo término, les obliga igualmente a un comportamiento legal en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos.”²⁹

Las anteriores razones llevan a la Sala a señalar que, el enriquecimiento sin justa causa puede ser invocado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración y, por consiguiente, la

²⁷ 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.

²⁸ Prólogo a F. Wieacker “El principio general de la buena fe”, Ed. Civitas, Madrid, 1977, Pág. 19 y 20.

²⁹ BALLESTEROS Garrido, José Antonio Ob. Cit. Pág. 246.

respectiva parte no cuente con una fuente autónoma y definida para reclamar el cumplimiento de una determinada obligación compensatoria.³⁰

No obstante lo anterior, la Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá 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-³¹, 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.

Entonces, el juez valorará 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 el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. Por ejemplo, esta Sección –de manera reciente– ha reconocido que en tratándose de la prestación de bienes o servicios relacionados con el derecho a la salud, es posible aprobar acuerdos conciliatorios en los cuales las partes una entidad pública acepte y reconozca una deuda proveniente de la ejecución de una prestación que no tenía soporte contractual; el fundamento de este criterio ha sido

³⁰ "Hay que renunciar, pues, a reducir el enriquecimiento sin causa a una teoría más general; ya se la haga descansar en la idea del riesgo, ya en la de equivalencia, ya en la de causa, ya en el deber moral, **se debe reconocer a esta construcción jurídica su autonomía en relación a fórmulas más amplias, de las que procede moralmente más bien que jurídicamente: en realidad, es de origen consuetudinario; es un producto de las costumbres y de la jurisprudencia, y esto es lo que explica su carácter de necesidad, así como también las fluctuaciones de que ha sido objeto en doctrina lo mismo que en jurisprudencia.**" (negritas fuera del texto original) JOSSERAND, Louis "Derecho Civil – Obligaciones y Contratos" Ed. Jurídica Europa – América, Buenos Aires, Pág. 455.

³¹ "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.

la relevancia que tiene el derecho a la salud, razón por la que debe operar el principio de enriquecimiento injustificado de manera plena y, por consiguiente, avalarse el pago de esas obligaciones originadas en la buena fe del particular³².

5. La acción in rem verso en materia contencioso administrativa

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la *acción de in rem verso*³³ –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.

Un pronunciamiento reciente de la Sala reiteró la condición de autonomía de la acción in rem verso, en los siguientes términos:

“El conjunto de estas circunstancias evidencia que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de controversias contractuales, por la parte actora, realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, ni las pretensiones tienen como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual, sino que realmente se trata de una acción muy diferente, denominada acción de enriquecimiento sin causa.

“En este orden de ideas, debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de *in rem verso*, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual.

“Con fundamento en el principio *“iura novit curia”* - expone el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, autos del 3 de septiembre de 2008, exp. 33924, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, y del 3 de diciembre, expedientes Nos. 34288 y 35722, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ “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.

parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.

“(...)”³⁴

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

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 deprecado³⁵.

Sobre este elemento definitorio, la doctrina autorizada ha precisado:

“La jurisprudencia, adoptando la fórmula de Aubry y Rau ha determinado que la acción sólo puede ser iniciada si el demandante no dispone de ninguna otra acción surgida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito...”³⁶

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

Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁵ “La doctrina y jurisprudencia francesas se inclinan por la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, de modo que cuando el empobrecido puede accionar con una acción nacida de un contrato, cuasi contrato, responsabilidad civil o de la propia ley, no le cabe el recurso a aquella acción...” DIÉZ – PICASO, Luis y GULLÓN, Antonio “Sistema de Derecho Civil”, Ed. Tecnos, pág. 580.

³⁶ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean Ob. Cit., pág. 267.

enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

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

Al respecto, la Sala sostuvo:

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

“Desde esta perspectiva, en eventos como el que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, es decir, cuando la acción que es ejercida es la *de in rem verso*, el acreedor no tiene derecho a los frutos civiles que hubiere producido el capital pagado en forma tardía y si esto es así, nunca tendría la posibilidad de que hicieran parte de su patrimonio, el cual jamás podría considerarse empobrecido por su no reconocimiento y pago. Igual razonamiento cabe hacer en relación con el patrimonio del deudor, puesto que al no proceder el pago de los intereses en favor del acreedor, su patrimonio no podría verse beneficiado por la no erogación de dichos emolumentos, sencillamente porque jamás estaría obligado a pagarlos cuando se adelantara una acción por enriquecimiento sin causa.

“En este orden de ideas fuerza concluir que en el presente caso no se configuran estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, consistentes en el enriquecimiento de un patrimonio y el correlativo empobrecimiento del otro, toda vez que la situación de hecho no generó un enriquecimiento en el patrimonio de la entidad

pública demandada, como tampoco un empobrecimiento en el patrimonio del particular que suministró los medicamentos, de una parte, porque su valor fue satisfecho por la Administración y de otra, porque en virtud de la citada teoría no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comportaría la reparación integral, sino a una compensación lo cual descarta, de plano, tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos.”

“Concluye la Sala que en el caso examinado no procede el pago de los intereses reclamados por la parte actora, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido, pero por diferentes razones.”³⁷

En consecuencia, la acción in rem verso (*actio de in rem verso*) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. –esta última de naturaleza indemnizatoria-³⁸.

Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente³⁹, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.

En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁸ “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.

³⁹ “La sentencia emanada de la Corte de Casación francesa de fecha 5 de junio de 1892 marca un hito en el tema que nos ocupa, por cuanto, por primera vez, se consagra la acción de enriquecimiento sin causa como autónoma, no sólo del principio general sino ajeno a la doctrina cuasicontractual.

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

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

de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal –en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.⁴⁰

6. El caso concreto

La Sala revocará la sentencia consultada, toda vez que, en el caso concreto, fue la misma sociedad demandante la que generó el desplazamiento patrimonial a favor del INVIAS, motivo por el que no es posible afirmar que el enriquecimiento alegado es injustificado.

En efecto, según los medios de convicción que integran el plenario, deviene incuestionable el hecho de que fue la misma sociedad Integral S.A., la que, al margen de haber cumplido de manera diligente con los trámites y procedimientos previos para la suscripción de un contrato adicional para la prórroga del plazo y del valor del contrato, continuó ejecutando la prestación de interventoría sin que la misma tuviera soporte o sustento contractual.

En otros términos, el contratista con pleno conocimiento de las disposiciones y estipulaciones contenidas en el inciso sexto del artículo 58 y artículo 299 del decreto ley 222 de 1983, y las cláusulas tercera, décimo sexta del contrato No. 137 de 1987, es decir, aquellos preceptos que prohibían la modificación o adición del contrato estatal en su objeto y plazo si el término de vigencia del mismo se encontraba vencido, ejecutó la prestación de interventoría durante los meses de junio, julio y agosto, sin que existiera fundamento contractual.

Así mismo, no existe prueba que sea demostrativa de que fue el comportamiento o la actitud del INVIAS el que originó, movió y desencadenó la prestación del servicio por parte de Integral S.A.; *a contrario sensu*, la comunicación del 17 de

⁴⁰ Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. **Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.**” (negrillas adicionales).

julio de 2000, es ilustrativa acerca del específico conocimiento que tenía la demandante de que el plazo contractual se encontraba vencido desde el 31 de mayo, motivo por el que, solicitó tres meses para entregar la interventoría de la obra. En ese orden de ideas, si durante los meses de junio, julio y agosto de 2000 –período por cuya indemnización o compensación reclama la sociedad actora–, se prestó el servicio de interventoría sobre el contrato de obra y pavimentación de la carretera Río Tocaría - La Cabuya - Tame, es evidente que ello se efectuó *motu proprio* por parte de aquélla, ya que conocía plenamente la situación de vencimiento del contrato, así como fue ella la que solicitó el plazo adicional para entregar la interventoría.

Como se aprecia, la causa del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento estuvo radicada en cabeza del propio particular, quien asumió voluntariamente, y sin que mediara contrato estatal, prestó las labores de interventoría durante los tres meses que la sociedad había solicitado para entregar la misma, luego del vencimiento del plazo del contrato No. 137 de 1987.

En consecuencia, la reclamación que se pretende no tuvo origen en el principio de la buena fe, sino que, por el contrario, su génesis se encuentra en la actitud de la sociedad demandante que, como lo sostuvo la entidad demandada a lo largo del proceso, no quiso desprenderse de la prestación de la interventoría durante ese lapso, tanto así, que el propio INVIAS la requirió mediante oficio No. SCT-021156 del 24 de agosto de 2000, para que se procediera a la entrega y liquidación del contrato.

De otro lado, poco importa que el 31 de agosto de 2000 se haya suscrito por parte del INVIAS e Integral S.A., la orden de trabajo No. 235 con el fin de contratar la interventoría del contrato de obra Río Tocaría - La Cabuya - Tame, de la carretera Yopal - La Cabuya - Sácama - Tame, como quiera que la prestación del servicio durante los meses de junio, julio y agosto de 2001, no tuvo respaldo contractual, y las manifestaciones de la entidad contratante fueron inequívocas en cuanto a la necesidad de entregar toda la documentación y el servicio de interventoría prestado.

Además, si bien existió siempre una comunicación permanente y fluida entre las dos partes (INVIAS e Integral S.A.), inclusive durante el período comprendido entre mayo y julio de 2000, ello no es óbice para dar por establecido que la firma interventora conoció de la terminación del contrato No. 137 de 1987, puesto que

tuvo claro que el vencimiento del contrato acaeció el 31 de mayo de 2000, y era consciente de las prohibiciones contenidas en la ley (decreto ley 222 de 1987 - ordenamiento vigente al momento de la celebración) y en el clausulado del negocio jurídico, acerca de la imposibilidad de pactar contratos adicionales o la inoperancia de prórrogas automáticas, una vez precluido el término contractual.

En ese sentido, no le asiste razón al *a quo* al precisar que fue la conducta de la entidad contratante la que promovió la prestación del servicio de interventoría por parte de Integral S.A., durante los meses de junio, julio y agosto de 2000. Un análisis en conjunto de la prueba documental –aportada inclusive por la sociedad demandante– permite concluir que fue la actitud asumida por Integral S.A., la que desencadenó el traslado patrimonial y, consecuentemente, el enriquecimiento del INVIAS, en cuanto sin importar que el contrato inicial hubiera terminado por vencimiento del plazo, permaneció por su cuenta y riesgo ejecutando las prestaciones propias del extinto negocio jurídico.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión consultada, puesto que sin importar que se compartan y avalen los planteamientos teóricos en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso* en ella contenidos, en la definición del caso concreto se incurrió en un yerro de hecho en la valoración y apreciación del acervo probatorio, toda vez que, en al desatarse la controversia, resultaba imperativo valorar la conducta de Integral S.A., quien por su propia cuenta, se itera, prestó las labores de interventoría sin tener el correspondiente sustrato contractual.

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

FALLA:

Primero: Revócase la sentencia del 6 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare.

Segundo. En consecuencia, **deniéganse** las súplicas de la demanda.

Tercero: En firme este fallo, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR