



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **La autonomía de la actio de in rem verso vs la pretensión contenciosa administrativa de reparación directa para alegar el enriquecimiento sin causa**

**Priss Daneisy Cabra Camargo**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Tunja, Colombia  
2014

**La autonomía de la actio de in rem verso vs la  
pretensión contenciosa administrativa de  
reparación directa para alegar el  
enriquecimiento sin causa**

**Priss Daneisy Cabra Camargo**

Tesis o presentada como requisito parcial para optar al título de:  
**Magíster en Derecho con profundización en Derecho  
Administrativo**

Director: **Doctor Fredy Andrei Herrera Osorio**  
Profesor Catedrático Asociado 07

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Tunja, Colombia  
2014

## Tabla de contenido

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>Capítulo 1. EL CONTRATO ESTATAL Y HECHOS CUMPLIDOS.....</b>	<b>5</b>
1.1. La consolidación del concepto del contrato estatal de cara a su Perfeccionamiento	5
1.2. La discusión sobre las normas de presupuesto en los requisitos del contrato Estatal.....	12
1.3. Requisitos para la Ejecución de los Contratos estatales.....	18
<b>Capítulo 2. LOS HECHOS CUMPLIDOS.....</b>	<b>21</b>
2.1. Aproximación conceptual del hecho cumplido .....	21
2.2. Evolución jurisprudencial de los hechos cumplidos.....	24
2.3. La figura del enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso .....	29
<b>Capítulo 3. La autonomía de la acción in rem verso vs la acción de reparación directa en los hechos cumplidos.....</b>	<b>38</b>
3.1. la buena fe como principio rector del análisis de los hechos cumplidos .....	38
3.2. La acción in rem verso como medio idóneo en casos de hechos cumplidos.....	46
3.3. La improcedencia del medio de control de reparación directa para reclamar hechos cumplidos.....	49
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>54</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>55</b>

## RESUMEN

La relación dicotómica entre las normas de derecho público y las normas de derecho privado que envuelve el contrato Estatal Colombiano ha planteado diferentes retos para la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a la hora de desatar algunas controversias en materia de contratación Estatal. Esta circunstancia es uno de los antecedentes fundamentan el problema jurídico donde se cuestiona sí se debe preservar, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la autonomía de la acción in rem verso como el medio idóneo para alegar el enriquecimiento sin causa en hipótesis asociadas a los denominados hechos cumplidos.

**Palabras clave:** Hechos cumplidos, contrato Estatal, acción in rem verso, enriquecimiento sin causa.

## ABSTRACT

These precedents involving the legal issue of this paper, which questioned whether it should be preserved in the jurisprudence of the State Council, the autonomy of action in rem verso as the means to allege unjust enrichment on assumptions associated with the so-called accomplished facts.

**Keywords:** Fulfilled Acts, State contract action in rem verso, unjust enrichment.



## INTRODUCCIÓN

La relación dicotómica entre las normas de derecho público y las normas de derecho privado que envuelve el contrato Estatal Colombiano ha planteado diferentes retos para la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a la hora de desatar algunas controversias en materia de contratación Estatal, entre otras razones, porque a pesar de que se conservan determinadas reglas y elementos del derecho privado, están orientadas al cumplimiento de los cometidos Estatales y los propósitos del interés general, situación que en determinadas circunstancias modifica o morigerada los elementos o principios de derecho privado, originando el conflicto jurídico. A manera de ejemplo, el principio *pacta sunt servanda*, desarrollado por el artículo 1602 del Código Civil, que sustenta la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes cuanto está libre de cualquier vicio de consentimiento, confiere reglas contractuales incólumes e inflexibles para las partes; sin embargo, en el contrato Estatal, el mencionado principio a pesar de su aplicación, no tiene el mismo alcance<sup>1</sup>, pues *“el interés público que envuelve el contrato ha morigerado su rigor, para permitirle a las entidades estatales, en su carácter de directoras y supervisoras del contrato, que introduzcan modificaciones al mismo, interpreten sus cláusulas o lo den por terminado, para preservar el servicio público y evitar su afectación grave o paralización”*.<sup>2</sup>

Esta relación dicotómica alimenta uno de los debates recurrentes al interior del Honorable Consejo de Estado, relacionado con los diversos problemas jurídicos originados por el fenómeno de los denominados ‘hechos cumplidos’. El tema no es pacífico: el tipo de acción a emplear, la existencia o no de la responsabilidad Estatal derivada de estos hechos, el papel de los particulares en materia de contratación Estatal, entre otros, han sido tratados de forma variable por la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Así por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que el enriquecimiento sin causa era un título de imputación de responsabilidad del Estado, en otras oportunidades acudió al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones y en otros tantos casos, ha considerado que no es procedente la responsabilidad del Estado cuando el pretendido contratista ejecuta una prestación a favor del Estado por fuera del ordenamiento jurídico, esto es, sin el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato Estatal.

---

<sup>1</sup>“han observado la doctrina y la jurisprudencia que el rigor del *pacta sunt servanda* encuentra flexibilidad en el objeto y las actividades que se pactan en el contrato, pero no la encuentra en el derecho que tiene el contratista a percibir su remuneración, pues en este evento tal principio tiene plena aplicación, tal y como lo expuso el Gobierno Nacional en la exposición de motivos al proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 80 de 1993.” GIRALDO LOPEZ, Oswaldo. “El equilibrio, la Responsabilidad y el riesgo en los contratos estatales” pp 2-42 en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes. Numero 24 Marzo de 2010.

<sup>2</sup>GIRALDO LOPEZ, Oswaldo. “El equilibrio, la Responsabilidad y el riesgo en los contratos estatales” pp 2-42 en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes. Numero 24 Marzo de 2010.

Con la sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de Noviembre de 2012<sup>3</sup> proferida por la mencionada Corporación, se dijo, entre otros aspectos, que por regla general, el enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso, “*no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa*”. Se esperaba que con la sentencia de unificación se acabara con la incertidumbre jurídica generada por las cambiantes decisiones del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, la discusión no logró zanjarse del todo, avivando el debate desde el mismo salvamento de voto de la Consejera Stella Conto.

Estos antecedentes envuelven el problema jurídico del presente trabajo, donde se cuestiona sí se debe preservar, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la autonomía de la acción in rem verso como el medio idóneo para alegar el enriquecimiento sin causa en hipótesis asociadas a los denominados hechos cumplidos.

Y es que el devenir de la Administración está sometido a toda suerte de circunstancias que pueden derivar en fenómenos de hechos cumplidos, prueba de ello son los no pocos casos que a diario se registran en todo el territorio nacional, por esta razón es pertinente abordar uno de los dilemas que se afrontan al abordar el estudio de los ‘*hechos cumplidos*’ como la cuerda procesal a utilizar, a propósito del debate suscitado por la ya mencionada sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Honorable Consejo de Estado.

El fundamento del problema está dado por tres ideas fuerza que brevemente se enuncian a continuación:

En primer lugar, se parte de la premisa según la cual, en desarrollo de la actividad administrativa se pueden dar casos donde particulares prestan servicios o adelantan obras a favor del Estado sin la celebración previa de un contrato Estatal o sin el lleno de los requisitos formales para su ejecución, ocasionando un enriquecimiento injustificado a favor del Estado y un correlativo empobrecimiento para dicho particular. La segunda premisa está dirigida a indicar el hecho de que la respuesta jurisprudencial del Consejo de Estado ante este tipo de fenómenos ha sido ambivalente a la hora de determinar la solución procedente para cada caso, manejando tesis contradictorias como que el enriquecimiento injusto no necesariamente debe ser reconocido, o que puede remediarse por medio de la acción de reparación directa o de la *actio de in rem verso*. Como última idea fuerza, se retoma aquel sector de la doctrina que sostiene que la acción in rem verso es el único medio idóneo para alegar el enriquecimiento sin causa, por ser una acción autónoma, cuyo propósito fundamental radica en remediar una situación de

---

<sup>3</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020000307501(24897), nov. 19/12, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

inequidad objetivamente considerada, esto es, situaciones de desplazamiento patrimonial con enriquecimiento injustificado de una parte y empobrecimiento correlativo de la otra; y no otro tipo de pretensiones contenciosas como la reparación directa.

En este orden de ideas, el programa de trabajo se desarrollará en tres capítulos a saber:

Durante el primer capítulo se auscultará en el concepto y naturaleza del contrato Estatal y en sus requisitos para su existencia, perfeccionamiento y ejecución, a fin de preparar los elementos de análisis que permitan discernir sobre el problema jurídico del presente trabajo, esto es, sobre la necesidad o no de mantener la autonomía de la acción in rem verso en las demandas relacionadas con hechos cumplidos.

Así mismo este capítulo permitirá recorrer la delgada línea que separa al contrato Estatal stricto sensu de los hechos cumplidos, exponiendo a grandes rasgos y sin ánimo de entrar en los detalles de la arqueología jurídica, los principales cambios jurisprudenciales suscitados para resolver los casos originados en el fenómeno de los hechos cumplidos.

En un segundo capítulo se mostrará al lector el marco teórico de la temática, fundamentalmente para puntualizar los conceptos y definiciones de las instituciones jurídicas que rodean el fenómeno de los hechos cumplidos y el medio procesal para ejercer el derecho de acción en los casos donde particulares ejecutan una prestación a favor del Estado sin la celebración previa de un contrato Estatal.

Finalmente, en el tercer capítulo se desarrollarán las elucubraciones tendientes a desatar el problema jurídico propuesto, empleando para tal cometido, todas las herramientas del orden doctrinal y jurisprudencial que permitan erigir una tesis lo suficientemente sólida para afrontar el debate académico y de esta forma se espera arribar a las conclusiones resultado del presente ejercicio académico.

## 1. EL CONTRATO ESTATAL Y HECHOS CUMPLIDOS

### 1.1. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DEL CONTRATO ESTATAL DE CARA A SU PERFECCIONAMIENTO:

Lo primero que habrá de advertirse, es que entre los años de 1855 a 1916, se desarrolló el periodo acuñado por el profesor Diego López Medina<sup>4</sup> como la “Conciencia jurídica Clásica”, de corte formalista, influenciada por la reflexión teórica de la exégesis francesa y la jurisprudencia alemana, que marca el lindero entre el Derecho Colonial y el Republicanismo. Este periodo se caracteriza porque se concibe la Ley como única fuente del derecho, sin vacíos o antinomias, neutral y literal en la lectura de las normas.

La profunda influencia civilista que se marca en este periodo, explica el sometimiento de los contratos suscritos por el Estado al régimen general de los contratos regulados por el Código Civil, pues la normatividad a que se refiere a los contratos celebrados con el Estado no va más allá de regular la escogencia de contratistas y algunas de sus cláusulas. Al respecto se comenta en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993:

*“(...) desde la iniciación de nuestra vida republicana la legislación se preocupó por regular la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento, vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos contenidos.”<sup>5</sup>*

Es así que en vigencia de la Constitución de Rio Negro de 1863, se expidió la Ley 106 de 1873, “*por medio del cual se expide el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia*”, y por primera vez, se habla de la caducidad de los Contratos Estatales.<sup>6</sup> Pero es la Ley 53 de 1909, la que se erige como el principal antecedente en materia de contratación del Estado, en tanto que autorizó la inclusión de la cláusula penal para el incumplimiento del contratista y la declaratoria de caducidad por incumplimiento del mismo, en sus artículos 4 y 5 respectivamente<sup>7</sup>. Posteriormente, la Ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional, se

---

<sup>4</sup>LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del Derecho: Transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional, 2004.

<sup>5</sup><http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

<sup>6</sup>Ley 106 de 1873 <http://ufdc.ufl.edu/UF00085990/00001/1j>

<sup>7</sup>Ley 53 de 1909. Artículo 4º: “En todo contrato que el gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria para el caso en el que el contratista faltare al cumplimiento del contrato por su culpa”.

Artículo 5º “Cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior, el ministerio respectivo podrá declarar esta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ello y esta falta les sea imputable”.

refiere a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y sus excepciones y la Ley 130 de 1913 ratifica los contratos como los actos de mero derecho privado.

Ya con la influencia del positivismo solidarista de León Duguit –en el Derecho Público Colombiano –que no necesariamente repercutió directamente en los asuntos atinentes a la Contratación Estatal- se expidió la Ley 105 de 1931, que entregó el conocimiento de las controversias contractuales a la jurisdicción ordinaria y, con la Ley 167 de 1941, se reiteró la obligatoriedad de la cláusula de caducidad y dejó en manos del juez ordinario las controversias contractuales<sup>8</sup>.

Como lo advierte Libardo Rodríguez<sup>9</sup>, en Colombia, hasta el año de 1964, la jurisdicción de lo contencioso administrativo carecía de competencia en los asuntos relacionados con los Contratos Estatales, razón por la cual dicha competencia correspondía a la jurisdicción común. Sin embargo, –continúa el autor- ya antes de ese año, por influencia del derecho francés, empezó a controvertirse en la doctrina y la jurisprudencia el tema de los contratos de la administración. Así, primero por la jurisprudencia y luego por la legislación Colombiana se fueron desarrollando conceptos asociados al contrato administrativo y cláusulas exorbitantes, particularmente la cláusula de caducidad, que poco a poco empezaron a diferenciar los contratos celebrados por el Estado de los contratos de derecho privado.

Bajo la reforma constitucional de 1968 y el marcado crecimiento del aparato Estatal a consecuencia su creciente intervencionismo en el mercado, se hizo más imperativa la necesidad de establecer una regulación especial para los contratos celebrados por el Estado y en especial, los contratos de obra<sup>10</sup>, dando una forma más clara al régimen especial de la contratación Estatal; proceso que culminó en una de sus etapas, con el Decreto 1670 de 1975 y el Decreto-Ley 150 de 1976, “*Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*”. Esta última norma en particular, sistematiza por

---

<sup>8</sup>Ley 167 de 1941 “**ARTÍCULO 73.** No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa:

- 1 - Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato;
- 2 - Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales;
- 3 - Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes;
- 4 - Las atribuidas por la ley a otra jurisdicción.”

[http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/Docs/Ley\\_0167\\_1941.htm](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/Docs/Ley_0167_1941.htm)

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ R, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, decimoséptima edición, 2011, pp. 435-443.

<sup>10</sup> “Esos contratos de obra pública merecieron la particular atención del legislador, cuando mediante ley 4 de 1964 los reglamentó, estableciendo para ellos en el art. 2 una clasificación según su objeto (...), categorías que en buena parte recogió el Decreto Extraordinario 150 de 1976. Además, en esa ley se exigió para ellos el registro de Proponentes, con su clasificación y calificación, según lo dispuso el Decreto Reglamentario 1518 de 1965”. Análisis de las modificaciones de la Ley 80 en la Contratación Estatal. [http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/678/1/digital\\_18471.pdf](http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/678/1/digital_18471.pdf)

primera vez todas las regulaciones de las distintas tipologías del Contrato Estatal, atomizadas en toda suerte de leyes y decretos.<sup>11</sup>

Luego vino la Ley 19 del 22 de enero de 1982, “por la cual se definen nuevos principios de los Contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones” y bajo este antecedente, finalmente se expidió el Decreto 222 de 1983, que precisó la diferencia entre los contratos administrativos y privados del estado, los principios de unilateralidad, terminación, interpretación, y modificación de un contrato por las partes; estableció las causales de caducidad, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia por las controversias contractuales administrativas y comunes, la tipificación legal de los contratos administrativos, precisando que este régimen especial era aplicable a la nación, los entes territoriales, los establecimientos públicos en su totalidad y parcialmente para las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Hasta este punto, siguiendo al profesor Jaime Orlando Santofimio<sup>12</sup>, se pueden identificar al menos dos momentos característicos del régimen de los contratos del Estado, señalando un primer momento, donde el contrato estatal estuvo sometido a las normas y principios de derecho privado de forma predominante hasta la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964; un segundo momento, marcado por los Decretos 528 de 1964, 150 de 1973 y 222 de 1983, donde se incorporaba principios y procedimientos de derecho público para la escogencia de contratistas por el Estado, diferenciando el contrato de derecho privado del contrato administrativo y trasladando los litigios del contrato Estatal a la competencia privativa del Juez de lo Contencioso Administrativo.

Agrega este autor que actualmente se puede hablar de la existencia de un tercer momento que coincide con la entrada en vigencia de la Ley 80 que consolida la figura del Contrato Estatal pero sujeto a principios de derecho público y de derecho privado.

Ya con la expedición de la Ley 80 de 1993, se introduce la noción de Contrato Estatal que bajo un criterio orgánico se refiere a todos los contratos celebrados por las entidades que forman parte de la administración pública. De esta definición se derivan distintas características. Una de ellas es su carácter subjetivo, esto es, que está marcado por la naturaleza o calidad de la parte contratante, “*pues la regla general es que tienen dicha categoría los contratos celebrados por las entidades públicas, aserto que deriva su legitimidad de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley*

---

<sup>11</sup>RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. *Contratos administrativos y de derechos privado de la administración: Decr. Extr. 222 de 1983*. Ediciones Librería del Profesional, 1983. P. 7

<sup>12</sup>SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” en *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 1, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 1-58.

80 de 1993”<sup>13</sup>. Desde el punto de vista objetivo, para la tipificación de un Contrato Estatal deben haberse acreditado los elementos de la esencia de esa relación negocial, “*para lo cual resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el artículo 1501 del Código Civil. Así, para que una relación negocial adquiera la calidad de contrato estatal y genere obligaciones para las partes, es necesario que ellas se pongan de acuerdo en cuanto al ‘... objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito’ (...)*”<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista del régimen aplicable a los Contratos Estatales, se puede observar que están sometidos a un régimen mixto, conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial, en lo no regulado especialmente para ellos, más las normas especiales de derecho público consagradas en el Estatuto de la Contratación Estatal, así como las demás normas que lo desarrollen y las demás disposiciones especiales que se dicten sobre contratos específicos<sup>15</sup>. En efecto, los principios esenciales establecidos en los Códigos Comercial y Civil para regular la actividad contractual entre particulares, son de aplicación para los contratos estatales<sup>16</sup>.

*“Es así como el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 somete los contratos que celebren las entidades estatales a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley. Según el artículo 32 de la misma ley son Contratos Estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las cuales se refiere el Estatuto de Contratación, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, define el artículo citado”*<sup>17</sup>.

De otra parte es imperioso anotar que, aunque la Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público, esta actividad para su eficacia debe cumplir con el ordenamiento jurídico para que tengan relevancia y efecto, y también respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (Art. 1518 C.C.). Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia<sup>18</sup>, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o degeneraría en otro (art. 1501 C.C.), como de validez, previstos en el orden jurídico; y dentro de los requisitos de validez se encuentra la capacidad de las

---

<sup>13</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejera ponente María Nohemí Hernández Pinzón, Radicación Número: 76001 - 23 - 31 - 000 - 2003 - 4383 - 02(3392), Bogotá D.C., 15 de julio de 2004. Actor: Deicce Leonor Arroyave Trujillo.

<sup>14</sup> Ídem

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ R, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, Temis, decimoséptima edición, 2011, p. 440.

<sup>16</sup> Cartilla de Contratación. Veeduría distrital en <http://Veeduria.distrital.gov.co/es/grupo/g289/ATT1216753681-1.pdf>

<sup>17</sup> Consejo De Estado, Sala De Consulta y Servicio Civil, consejero ponente César Hoyos Salazar, Radicación número 1.121, 26 de agosto de 1998.

<sup>18</sup> Sin importar el momento histórico del contrato estatal, siempre deben cumplirse con las condiciones de existencia, validez y eficacia

partes para obrar<sup>19</sup>; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (Art. 1502 C.C).

En efecto, las condiciones esenciales para que un 'negocio' nazca a la vida jurídica, conforme con el Artículo 1502 del Código Civil son: i). Declaración de voluntad, que no existe por ejemplo, cuando una persona es violentada físicamente, en atención a que el negocio es un hecho voluntario y para la existencia de ciertos negocios una formalidad como elemento esencial, esto es, una formalidad ad **substantiam actus o ad solemnitatem**, cuyo ejemplo clásico de omisión se presenta en las ventas de inmuebles hechas por documento privado sin protocolizarlo mediante escritura pública o en los matrimonios cuya celebración no es llevada a cabo ante juez o notario (en el caso del matrimonio civil)<sup>20</sup>. ii). Capacidad de las partes. iii. Consentimiento. iv). Objeto y causa lícita. En consecuencia, se considera que un 'negocio' es inexistente cuando le falta una condición esencial, razón por la cual no produce efectos jurídicos<sup>21</sup>.

De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil<sup>22</sup>. En el caso específico de los Contratos Estatales, la Ley 80 de 1993 determina de forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son contratos que para su perfeccionamiento, deben constar por escrito, según lo reflejan sus artículos 39 y 41, y en consecuencia deben considerarse contratos solemnes. Este planteamiento ha llevado a la jurisprudencia del Consejo de Estado a sostener que la Ley 80 de 1993 impone al Contrato Estatal la solemnidad de elevarlo a escrito so pena de considerarse inexistente<sup>23</sup>, vale decir, porque la misma ley exige la observancia de formalidades específicas a manera de requisito **esencial ad substantiam actus**.

En concreto, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los Contratos del Estado se "perfeccionan" cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este acuerdo se eleve a escrito, ello quiere decir que se trata de

---

<sup>19</sup> En los contratos estatales también es menester verificar la competencia legal de las autoridades para celebrar el respectivo negocio jurídico.

<sup>20</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil Tomo I Parte general y personas*. Editorial Temis, décimo séptima edición, Bogotá 2011, p. 634.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> ARTICULO 1500. CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL. 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 por el solo consentimiento.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número 11895, Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Actor: Eulises Barón Gómez y Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11.099, Actor: Sociedad OTI de Colombia Ltda. Sobre el mismo tema entre otras, sentencias del 4 de marzo de 1991, expediente 5825, actora: Sociedad Alberto Corredor y Cia. Ltda.; 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, actor Oscar Gómez España.

una formalidad **ad solemnitatem o ad substantian actus**<sup>24</sup> y su inobservancia hace que los efectos pretendidos no puedan producirse en el ámbito del derecho<sup>25</sup>.

No es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes se pueda lograr el perfeccionamiento de los Contratos Estatales; regla que dicho sea de paso también aplica a la modificación de los mismos, ya sea en adición de obras, valor y período para la ejecución, pues siempre debe constar por escrito. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero, según se ha precisado en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>26</sup>.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que, en el régimen jurídico público como en el privado (Artículos 1500 del Código Civil, 998 del C. Co.), los contratos que están sometidos a solemnidad de elevarse por escrito, su inobservancia genera como consecuencia la inexistencia de los mismos, conclusión que tiene fundamento en razones de seguridad y certeza que el negocio haya adquirido vida jurídica entre las partes.

En este estado de cosas, vale la pena puntualizar las diferencias entre los denominados contratos Estatales con formalidades plenas y los contratos Estatales sin formalidades plenas. Respecto a los primeros, son la regla general en materia de contratación Estatal y pese a que no están definidos por la ley 80 de 1993, desde el punto de vista normativo puede encontrarse una noción en el artículo 25<sup>27</sup> del Decreto 679 de 1994<sup>28</sup>, que en otrora reglamentó la ley 80 de 1993, donde se entendió por formalidades plenas *“la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el parágrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80”*.

En lo que corresponde a la noción de contratos sin formalidades plenas, es importante señalar que fue desarrollada en el ordenamiento jurídico Colombiano a partir del parágrafo del artículo 39 de la ley 80 de 1993, parágrafo que a su vez fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

---

<sup>24</sup>“Tradicionalmente se distingue la forma **ad substantianactus (ad solemnitatem)** de la forma ad probationem. La primera se refiere precisamente a la que es necesaria o idónea para la existencia del acto jurídico, mientras la segunda dice relación a la demostración o prueba de la celebración o existencia del acto” Cubides Camacho Jorge. Obligaciones, Quinta edición, Universidad Javeriana 2005. P 228.

<sup>25</sup> DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez –nulidad, inexistencia e ineficacia-, pp. 195-206, en “Los contratos en el derecho privado”, Legis, primera edición, 2007.

<sup>26</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., 18 de febrero de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596) Actor: Tracto Casanare Ltda.

<sup>27</sup> El artículo 25 del Decreto 679 de 1994 Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008.

<sup>28</sup> Decreto Derogado por el artículo 9.2 del Decreto Nacional 734 de 2012.

Como lo ha expresado el Honorable Consejo de Estado,<sup>29</sup> el contrato sin formalidades plenas se fundamenta en los principios de celeridad, eficacia y economía que dirigen la función administrativa, propendiendo por la selección del contratista de manera más célere y eficaz, con el objeto, de acuerdo a lo argumentado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, de satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y obras y la adquisición de bienes hasta las cuantías autorizadas por el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, “(...) pues la finalidad de esta modalidad de contratación es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades más recurrentes que se generan día tras día”.

El Consejo de Estado ha explicado que pese a que se tratan de contratos estatales sometidos a las reglas de la ley 80 de 1993, los contratos sin formalidades plenas se caracterizan porque no traen la exigencia ad solemnitatem prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, de tal forma “(...) que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de los intervinientes en el iter contractus, sin que se requiera que el acuerdo conste en un escrito, que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994”.<sup>30</sup>

Ahora bien, la variación concebida para el perfeccionamiento de los contratos sin formalidades plenas estriba, al tenor del derogado artículo 25 del Decreto 679 de 1994, que el objeto a contratar, sea ordenado de forma previa y por escrito, por el representante legal de la entidad, indicando al menos el objeto del contrato y su valor, para que luego, dicha oferta estatal fuera aceptada por escrito por el destinatario de la orden. En efecto, el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994 señaló que las órdenes deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación y adicionalmente, el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley.

Ello quiere decir, que aún en los casos donde la ley, en alguna oportunidad otorgó ciertas flexibilidades a la configuración de los contratos Estatales, nunca obvió el requisito de que dichos contratos constaran por escrito, a pesar de tratarse de contratos sin formalidades plenas.

Así las cosas, no se puede pasar por alto la ‘excepción’ a la regla general consignada en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 antes citados, consagrada en el inciso 3º del artículo 41 ibídem, donde se establece que en caso de situaciones de urgencia manifiesta se podrá prescindir del escrito y del acuerdo acerca de la remuneración, tendiente a simplificar los trámites de la actividad contractual de la Administración para permitirle hacer frente adecuadamente a situaciones que pueden amenazar la continuidad del servicio; perturbar de forma grave e inminente

---

<sup>29</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, tres (3) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140). Actor: Hilda Hoyos de Rodríguez. Demandado: Departamento de Córdoba. Referencia: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho.

<sup>30</sup> Ídem.

el orden económico, ecológico y social del país, o que atenten de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; constituyan calamidad pública, fuerza mayor o desastre que demande actuaciones inmediatas y, en general, a situaciones análogas que impiden acudir a los procedimientos ordinarios de selección de contratista.

## **1.2. La discusión sobre las normas de presupuesto en los requisitos del contrato Estatal.**

La contratación estatal tiene un aspecto singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, toda vez que por regla general, de manera directa o indirecta involucran recursos públicos, por ello, es necesario acudir y contextualizar el escenario de la contratación Estatal a partir de su relación con las normas de carácter presupuestal.

En efecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, señala que la aprobación de garantías y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes son requisitos necesarios para la ejecución del contrato Estatal. Por su parte, el derogado Decreto 734 de 2012, "Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones", al regular el contenido del acto administrativo de apertura de un proceso de selección<sup>31</sup> puntualizó en su artículo 2.2.2 que dicho acto administrativo debe señalar "el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes"; requisito que es replicado por el hoy vigente Decreto 1510 de 2013, cuando advierte en su artículo 24, que el acto de apertura de los procesos de selección debe señalar "*el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes*".

De la lectura de las normas antes citadas surgen dos cuestionamientos importantes: el primero de ellos ronda en torno a si realmente el certificado de disponibilidad presupuestal es un requisito de ejecución del contrato o por el contrario, es un requisito para el perfeccionamiento del mismo; y el segundo problema está enfocado a determinar, si las normas orgánicas de presupuesto pueden incluir requisitos para el perfeccionamiento del contrato Estatal, o a contrario sensu, sólo el Estatuto de contratación Estatal pueden definir tales requisitos.

Antes que nada, lo primero que debe advertirse, es precisamente que no se puede hacer gasto alguno que no esté debidamente presupuestado y la contratación Estatal evidentemente no es ajena a este precepto, el cual se encuentra consagrado en el artículo 345 Constitucional, donde se señala que no se podrá hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de

---

<sup>31</sup> Para el caso de los procesos de mínima cuantía, el certificado de disponibilidad presupuestal debe incluirse desde el estudio previo.

gastos y tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales, o por los Concejos Distritales o Municipales, según el caso.

Por ejemplo, el artículo 151 Constitucional señala que el “*Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa*” y por medio de ellas “*se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo*”. Por su parte, el artículo 342 de la Constitución Política, señala que la correspondiente Ley Orgánica “*reglamentará todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispondrá los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales*”.

Hecha esta precisión, el segundo punto a tener en cuenta es el proceso de apropiación presupuestal y la naturaleza de los certificados de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal:

El certificado de Disponibilidad Presupuestal es un documento que garantiza la existencia de recursos libres para asumir cualquier erogación del Estado con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso (el contrato) y garantiza la existencia de la apropiación suficiente para atender el gasto a efectuar. El Certificado de Disponibilidad Presupuestal es el primer paso en el proceso de afectación presupuestal y es definido por el Ministerio de Hacienda en los siguientes términos:

*“Es un documento expedido por el jefe de presupuesto o por quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal”<sup>32</sup>*

La obligación de expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal está consagrado en el Estatuto de Contratación, en el numeral 6 artículo 25 de la Ley 80, para que las entidades estatales que antes de ordenar la apertura de licitaciones o de iniciar los procesos de suscripción de los contratos expidan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. Ernesto Matallana<sup>33</sup> explica que la manera como se materializa esta obligación se encuentra en el trámite administrativo que desarrolla dentro de las entidades una dependencia denominada Oficina de Presupuesto. Explica el autor en mención, que esta oficina se encarga de vigilar que existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales antes de que la entidad de inicio al proceso de selección y en igual sentido, esta oficina

---

<sup>32</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO. Aspectos generales del proceso presupuestal Colombiano. Bogotá 2011. P. 109

<sup>33</sup>MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición 2009. P. 331

asegura y garantiza que una vez sea seleccionado el contratista y celebrado el contrato, se registre presupuestalmente el mismo. Al respecto comenta Matallana Camacho:

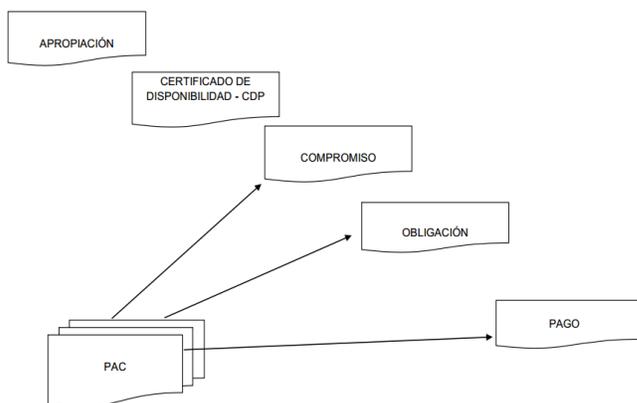
*“Esta labor es supremamente importante, por cuanto tiene la ventaja de no generar obligaciones que no tengan respaldo en el presupuesto de la entidad; así, de llegar a celebrarse por esta un contrato sin recursos públicos, se generaría en principio una nulidad por incumplimiento de la norma enunciada (...)”<sup>34</sup>*

Ahora bien, no todos los compromisos se logran ejecutar en una sola vigencia fiscal, requiriendo su ejecución de las vigencias subsiguientes o no siempre se hacen compromisos de una sola vigencia, sino que también se afectan presupuestos de vigencias futuras. En estas dos hipótesis no solamente se necesita de la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal, sino que previamente se deberán solicitar ante el CONFIS y luego ante los Concejos y las Asambleas, en el caso de las entidades territoriales, la autorización previa para afectar los presupuestos de las vigencias futuras.

La explicación a esta práctica está en el artículo 8º de la Ley 819 de 2003, el cual señala que “la preparación y elaboración del Presupuesto General de la Nación y el de las Entidades Territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente. Las vigencias futuras a su vez pueden ser ordinarias o extraordinarias. Las primeras se presentan cuando el Confis autoriza la asunción de obligaciones que afectan presupuestos de vigencias futuras, pero su ejecución se inicia con el presupuesto de la vigencia en curso; por su parte, el Confis, en casos excepcionales como la realización de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización”.

---

<sup>34</sup>Ídem 331



**Ilustración 1. Proceso de afectación presupuestal. Fuente: Min. Hacienda**

Constituido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal se pueden celebrar los denominados ‘compromisos’, que son los actos y contratos expedidos o celebrados por los órganos públicos, en desarrollo de la capacidad de contratar y de comprometer el presupuesto. *“Dichos actos deben desarrollar el objeto de la apropiación presupuestal. Previamente a la adquisición del compromiso (bien sea a través de la expedición de actos administrativos o de la celebración de contratos)”*.<sup>35</sup>

Surtido lo anterior, se expide el registro presupuestal, que según el artículo 20 del Decreto 568 de 1996, *“es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin”*.

Hechas las anteriores precisiones, se puede abordar con claridad los dos cuestionamientos antes enunciados, que como se verá están íntimamente relacionados:

Matallana argumenta que el registro presupuestal no es un requisito de existencia sino de ejecución<sup>36</sup>, señala para el efecto que el artículo 49 de la Ley 179 de 1994 estableció que todos los actos administrativos que afectan apropiaciones presupuestales deben contar con certificados de disponibilidad presupuestal previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender determinadas obligaciones. Agrega que los compromisos deben contar con registro presupuestal para asegurar que los recursos no sean desviados para otro fin. Posición contraria a la expresada por el Honorable Consejo de Estado quien explicó en una de sus providencias que el perfeccionamiento del Contrato Estatal tiene lugar una vez se obtiene el registro presupuestal previa formalización por escrito del acuerdo de las partes en torno al objeto contractual, mientras que los requisitos de ejecución del

<sup>35</sup>MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO. Aspectos generales del proceso presupuestal Colombiano. Bogotá 2011. P.110

<sup>36</sup>MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición 2009p. 789

contrato se agotan con el acto de aprobación de garantías, añadiendo en uno de sus apartes:

*“Con esta perspectiva, el artículo 39 de la Ley 80, al ocuparse de la forma del Contrato Estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (contrato litteris: **Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit** del Derecho Romano, regla diametralmente opuesta a la del Derecho Civil Moderno). La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 Ley 80 y Art. 25 Decreto 679 de 1994).”<sup>37</sup>*

Pero no se puede dejar pasar por alto que sobre este aspecto en particular, la posición del Consejo de Estado ha sido vacilante. Por ejemplo, en las providencias proferidas con ocasión de los expedientes 12775<sup>38</sup> y expediente 10399,<sup>39</sup> al comparar las diferencias entre el decreto ley 222 de 1983 y la ley 80 de 1993, en materia de existencia y ejecución del contrato estatal, donde se arribó a la conclusión según la cual, los requisitos de existencia son los establecidos en el inciso primero del artículo 41 de la ley 80, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Particularmente en la última sentencia antes citada se indicó:

*“La Ley 80 de 1993 precisó que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito” (Art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes - (Art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho”.<sup>40</sup>*

No obstante, esta tesis fue modificada en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2003 emitido dentro del proceso (14935), en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994<sup>41</sup>, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

Pero el Consejo de Estado<sup>42</sup> modificó nuevamente su postura, argumentando que la tesis según la cual el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996<sup>43</sup> había modificado el

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 5 de octubre de 2005, Radicación Número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), Actor: Procuraduría General De La Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Moron.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 6 de abril de 2000, expediente 12775.

<sup>39</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia del tres (3) de febrero de dos mil (2000). Radicación número: 10399.

<sup>40</sup> Ídem

<sup>41</sup> El artículo 49 de la ley 179 de 1994, “Por el cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica de Presupuesto”, advierte que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, providencia junio 7 de 2007, exp 14669, actor Jaime Arturo Dorado.

artículo 41 del estatuto contractual era incorrecta, en razón a que se refiere al perfeccionamiento de los actos administrativos que involucran gastos. Así mismo, porque la Ley 80 de 1993 reguló de manera especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existe regulación expresa, autónoma y no es procedente acudir al Estatuto. Sumado a ello, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, el legislador ratificó que el requisito de registro presupuestal es necesario para la ejecución del contrato, y no para el perfeccionamiento.

Esta última posición del Consejo de Estado propone el escenario para abordar el segundo cuestionamiento propuesto al comienzo del presente apartado, encaminado a determinar, si las normas orgánicas de presupuesto pueden incluir requisitos para el perfeccionamiento del contrato Estatal, o a contrario sensu, sólo el Estatuto de contratación Estatal pueden definir tales requisitos.

De acuerdo con la última tesis del Consejo de Estado, la Ley 80 reguló de manera expresa y especial el perfeccionamiento del contrato Estatal, hecho que desvirtuaría la regulación orgánica de las normas presupuestales, en especial, el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996. Adicionalmente, las normas presupuestales en comento, se refieren a la generalidad de contraer obligaciones mediante actos administrativos y no a la suscripción de contratos.

En el plano doctrinal esta discusión también se ha planteado, por ejemplo, Pino Ricci señaló *"la Ley Orgánica de Presupuesto no podrá regular los requisitos de la existencia de los contratos estatales o su fuerza vinculante; únicamente podrá regular su existencia presupuestal"*. Es decir, que corresponde al Estatuto contractual regular los requisitos de existencia o perfeccionamiento del contrato, como en efecto se hace en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, para SANTOFIMIO GAMBOA, a la luz de las reglas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto, el registro presupuestal *"pasa a convertirse frente al contrato, más que en una exigencia para su existencia, en un requisito para la legalización del mismo. Perfeccionamiento sería entonces sinónimo de legalización"*. Esto, para diferenciarlo del perfeccionamiento a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual se aproxima más al concepto de existencia del contrato estatal.<sup>44</sup>

De esta forma, si se parte de la premisa de que la contratación Estatal está sometida a norma especial, y en tal sentido, solo el estatuto de contratación y sus decretos reglamentarios determinarán y desarrollarán los requisitos de existencia y ejecución del contrato, se podría afirmar que, al tenor del artículo 41 de la Ley 80, el

---

<sup>43</sup> El artículo 71 del Decreto N° 111 de 1996, "por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto", señala que: 1.) Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos; 2.) estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin, para lo cual se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar y dicha operación será un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos; 3.) ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

<sup>44</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

certificado de disponibilidad presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, y no de su existencia, como podría sugerirse desde la interpretación de las normas presupuestales antes citadas, que dicho sea de paso, no tendrían injerencia sobre la regulación de los requisitos del contrato Estatal.

Pero esta tesis no es del todo pacífica, pues como se anticipó en líneas anteriores, tanto el derogado Decreto 734 de 2012, en su artículo 2.2.2, como el hoy vigente Decreto 1510 de 2013, advierten que el acto de apertura de los procesos de selección deben señalar “*el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes*”. Esta última expresión, daría a entender que los decretos reglamentarios antes mencionados, intentaron armonizar las normas presupuestales con el artículo 41 de la ley 80, morigerando el alcance de esta última norma.

### **1.3.- Requisitos para la Ejecución de los Contratos Estatales.**

La Ley 80 de 1993 precisó que los requisitos de perfeccionamiento de los contratos del Estado son dos: en primer lugar, se requiere de un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación de éste y en segundo lugar, se requiere que dicho acuerdo de voluntades se eleve a escrito. Pero por otra parte, el Estatuto de contratación Estatal también reguló de forma independiente (inciso 2º artículo 41, Ley 80 de 1993) las condiciones para la ejecución del contrato Estatal, para lo cual se exigió la aprobación de la garantía única 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.

Así las cosas, la norma en comento señala dos estadios o momentos jurídicos claramente diferenciados uno del otro, donde el primero se refiere a los requisitos y solemnidades para lograr el nacimiento a la vida jurídica del contrato Estatal y el segundo momento se refiere al cumplimiento de las condiciones para que el contrato Estatal –a pesar de su existencia jurídica-, pueda ejecutarse. Pues, como lo señala el Tratadista Luis Alonso Rico Puerta, no siempre que el contrato que está perfeccionado, puede ejecutarse, “*dado que tal diligencia depende del cumplimiento de requisitos diversos a los señalados para su perfeccionamiento*”<sup>45</sup>.

Quiere ello decir que cuando se habla de requisitos de ejecución del contrato es porque se está en presencia de un contrato debidamente perfeccionado, y en consecuencia, lo que se verifica es el cumplimiento de los requisitos para que dicho contrato pueda ejecutarse, o lo que es lo mismo, se verifica el cumplimiento de las condiciones para que, tanto la parte activa como pasiva del contrato Estatal puedan exigir mutuamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

---

<sup>45</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación Estatal. P. 208 Leyer 2012.

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿la naturaleza jurídica de los denominados 'requisitos de ejecución del contrato Estatal' puede entenderse como una típica condición suspensiva? Para abordar este planteamiento, es necesario hacer una breve alusión al concepto obligaciones condicionales, condición y condición suspensiva.

Siguiendo al profesor Jorge Cubides Camacho, las obligaciones condicionales son aquellas "cuya existencia o extinción está sometida al acaecimiento de una condición".<sup>46</sup> De esta definición se desprende como esencial de su naturaleza jurídica el acaecimiento de una condición de la cual dependerá la existencia o extinción de una obligación.

La condición es definida por antonomasia como todo hecho futuro e incierto al cual se somete el nacimiento o extinción de una obligación, cuyos elementos básicos son el hecho futuro y hecho incierto<sup>47</sup>. Respecto al carácter futuro del hecho de la condición, Cubides Camacho explica que "*al igual que lo que ocurre en el término pero en este caso con mayor razón por la incertidumbre del acontecimiento, es esencial para concebir la modalidad, porque de otra manera, si el acontecimiento ya ocurrió o de seguro se sabe que no va a ocurrir, la obligación nace como pura y simple o no tiene nacimiento*".<sup>48</sup>

En lo que corresponde a la incertidumbre, Cubides Camacho explica que este elemento de la condición se refiere al acaecimiento del hecho, más no al plazo de su ocurrencia o lo que es lo mismo, se refiere al sí ocurrirá o no ocurrirá, y no al cuándo ocurrirá.<sup>49</sup> Por esta razón, -explica el autor en cita- la incertidumbre debe ser objetiva respecto a la ausencia de certeza de que el hecho constitutivo de la condición ocurrirá o no, pues de lo contrario, la obligación derivaría en simple o pura o simplemente no existiría.

En el contexto anterior, es plausible definir la condición suspensiva como el hecho futuro e incierto al cual queda supeditado el nacimiento de una obligación, suspendiendo no solamente su cumplimiento sino además su propia existencia<sup>50</sup>. Sobre los efectos de la condición suspensiva, el autor en comentario explica de manera sintética:

*"Importantes efectos tiene la condición suspensiva sobre la obligación. Proviene de las circunstancias en que está el vínculo entre las partes mientras pende la condición suspensiva: no existe aún la obligación; lo que tiene el acreedor no pasa de ser un germen de derecho, el cual, no obstante, le permite ciertas actuaciones."*<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup>CUBIDES CAMACHO, JORGE. "OBLIGACIONES", Pontificia Universidad Javeriana, 1999. P. 114

P. Ídem 114

<sup>47</sup>Ídem P. 114

<sup>48</sup>Ídem P. 115

<sup>49</sup>Ídem P. 115

<sup>50</sup> P.126

A la luz de los conceptos antes señalados, se pueden examinar los requisitos de ejecución del contrato estatal consignados en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, donde se indica que para la ejecución se requería la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se tratara de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto.

En principio, puede inferirse que la norma condiciona la ejecución del contrato a la aprobación de las garantías y a la expedición del registro presupuestal, pues aunque ambos requisitos son obligaciones de las partes, su consolidación no deja de ser un hecho futuro e incierto. A manera de ejemplo, para la aprobación de garantías se deben surtir varios hechos cuya certeza no puede ser determinable: que el contratista adelante las acciones para obtener la póliza, que la aseguradora expida la garantía única a favor del contratista, que la garantía sea debidamente expedida, que el contratista presente la garantía ante la entidad pública y que la entidad apruebe la garantía presentada por aquel, son hechos futuros cuya certeza no puede asegurarse por parte de la entidad.

Así las cosas, cuando se obvia la condición suspensiva del contrato y se procede a su ejecución sin la debida aprobación de la garantía única y la correspondiente expedición del certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, se presenta un típico evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la entidad y del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes<sup>52</sup>.

Con ello, se quiere significar que, en tratándose del incumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, el medio de control para resolver las controversias originadas a causa de tal incumplimiento no puede ser otro diferente al de las controversias contractuales, regulado por el artículo 141 del C.P.AC.A. Donde se señala a la letra:

*“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley (...).”*

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 30 de 2006, exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), CP: Ramiro Saavedra Becerra.

## 2. LOS HECHOS CUMPLIDOS.

### 2.1. Aproximación conceptual del hecho cumplido.

El devenir de la Administración está sometido a toda suerte de circunstancias que pueden derivar en fenómenos de hechos cumplidos. En todo caso, se trata de un fenómeno jurídico que pertenece a un momento histórico, particularmente a partir de la Ley 36 de 1966, norma a partir de la cual se consagró el principio según el cual *“ninguna obra podrá comenzarse sin que el contrato respectivo esté perfeccionado”* (artículo 1).

En este orden de ideas, los denominados *“hechos cumplidos”*, nacen de las disposiciones que han prohibido ejecutar Contratos Estatales sin el cumplimiento de los requisitos de existencia y perfeccionamiento del mismo, es decir, de situaciones que ocurren de facto, sin la observancia de las condiciones de perfeccionamiento del contrato, como el artículo 202 del Decreto 150 de 1976, el artículo 299 del Decreto 222 de 1983 y ya en vigencia de la Ley 80 de 1993, su artículo 41 y Ley 1150 de 2007.

Un caso típico de hecho cumplido se presenta cuando la administración permite que un particular ejecute un trabajo o realice una labor en favor suyo, sin que se cumpla con el requisito de solemnidad a que están sometidos los contratos estatales, esto es haber sido elevado a escrito, previo agotamiento del procedimiento de selección correspondiente, el Contrato Estatal, desconociendo el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en lo que se refiere a esta obligación<sup>53</sup>. De igual manera cuando se ejecutan obras en urgencia manifiesta sin la declaración como tal, ni la orden escrita.

Otro caso de hecho cumplido se presenta cuando la administración, en desarrollo de un contrato debidamente perfeccionado, permite la ejecución de otras actividades distintas a las pactadas sin el previo perfeccionamiento del contrato adicional. En esta hipótesis, se parte de la premisa de que la entidad realizó un proceso de selección del contratista, razón por la cual existe un contrato principal, pero durante su ejecución se realizan otras tareas que deberían constar en uno adicional, el cual nunca se perfecciona. De esta manera, no existe contrato que respalde las obligaciones adicionales<sup>54</sup>.

En concreto, los hechos cumplidos se consolidan cuando no existe contrato estatal, pero si se adquieren obligaciones, sin que medie soporte legal que los respalde, es decir, se eleve a escrito la obligación, y cuando existiendo tal formalidad; antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa, o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

---

<sup>53</sup> GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá, Temis, 2011, p. 567 y s.s.

<sup>54</sup> Ídem.

Como se anticipó en precedencia, la Ley 36 de 1966, *“Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, concursos y contratos y se dictan otras disposiciones”*, fue la norma a partir de la cual se consagró, en su artículo primero, el principio según el cual *“ninguna obra podrá comenzarse sin que el contrato respectivo esté perfeccionado”*.

De alguna manera este es un antecedente relevante de lo que hoy se conoce como hechos cumplidos, pues en su definición trae implícito un concepto negativo, que comprende una obligación de no hacer, en tanto que las entidades públicas como los contratistas deben abstenerse de ejecutar cualquier servicio, obra o suministro sin perfeccionar previamente el contrato Estatal.

Sin embargo, desde el punto de vista eminentemente legal no se ha desarrollado un concepto expreso de ‘hecho cumplido’, a pesar de que las normas presupuestales se refieren constantemente a este aforismo.

A manera de ejemplo, la ley por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para cada vigencia fiscal, trae de forma expresa la prohibición de tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. Así se puede corroborar en el artículo 13 de la Ley 1420 de 2010 y la Ley 1260 de 2008.

Por su parte la Ley 1593 de 2012 *“Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2013”*, señala en su artículo 14 la prohibición de tramitar los actos administrativos u obligaciones cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como *‘hechos cumplidos’*.

La razón para que las normas presupuestales se refieran constante mente a la prohibición de realizar actuaciones que configuren ‘hechos cumplidos’, obedece, en gran parte, a la sujeción al principio de legalidad del gasto público, que de acuerdo a la Corte Constitucional (sentencia C-772 de 1998), opera en dos momentos claramente marcados y diferenciados, *“pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley sino que, además deben ser apropiadas por la Ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas”*.

En este orden, al ser de raigambre presupuestal, el concepto de *‘hechos cumplidos’*, puede ser auscultado en la doctrina de instituciones encargadas de la materia, como el Ministerio de Hacienda y la misma Contraloría General de la República. En efecto, la definición de ‘hecho cumplido’ dada por el el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y retomada por la Contraloría General de la República, precisa que:

*“Los hechos cumplidos son actuaciones administrativas mediante las cuales una entidad pública materializa una obligación de erogación o pago sin el trámite*

*presupuestal correspondiente. Estas obligaciones no se podrán cumplir sin la existencia de una sentencia judicial condenatoria o de una conciliación judicial*<sup>55</sup>.

En otro de sus pronunciamientos, la Contraloría señaló que pese a que no existe ninguna remisión expresa del término, se denominan hechos cumplidos a aquellos casos donde los contratos suscritos por el Estado que pueden generar erogaciones que afecten recursos públicos, sin que previamente hubieren cumplido con el lleno de los requisitos para contar con la respectiva apropiación presupuestal<sup>56</sup>. En el mismo concepto, la Contraloría General de la República enunció los casos en los cuales se pueden presentar hechos cumplidos, mencionando a los siguientes:

- Celebración y suscripción de contratos estatales sin contar con el compromiso presupuestal.
- Adiciones de Contratos Estatales, que no cuenten con el compromiso presupuestal que soporten su posterior pago.
- Ejecución del contratista de mayores cantidades de obras o en general, de mayor ejecución a la pactada inicialmente en un Contrato Estatal con autorización de la administración, que impliquen erogaciones adicionales sin contar con los compromisos presupuestales correspondientes.

Otros trabajos del medio académico<sup>57</sup> han señalado eventos fundamentales en los que se presenta lo que se conoce como hecho cumplido dentro de los trámites contractuales en los siguientes términos:

*“a. Las obras públicas ejecutadas, el servicio prestado o el suministro entregado existiendo contrato estatal perfeccionado conforme a los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, y sin embargo, llegaron a un punto de inejecutabilidad por falta de registro presupuestal o sencillamente no se cancelaron las prestaciones debidas por diversas causas dentro de la vigencia fiscal correspondiente que llevaron a que el recurso presupuestal feneciera y no se optó por el trámite de vigencia expirada (en este caso sí existió documento denominado contrato pero fue inejecutable).*

*b. Las obras públicas ejecutadas, el servicio prestado o el suministro entregado, en una vía de hecho de la administración que no contaron con el respaldo de un contrato ni con apropiaciones presupuestales para su posterior pago, y por ende, sin contrato adicional que respaldara las obligaciones contraídas: pese a ello, se ejecutó la prestación”.*

---

<sup>55</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto 2013EE0066330 del 12-07-2013, Oficina Jurídica.

<sup>56</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto <http://www.contratacionestatal.co/>

<sup>57</sup> RONDEROS CALDERON, Yolanda y TASCÓN RODRIGUEZ, Martha. Selección del título jurídico de imputabilidad de Responsabilidad contra el Estado cuando se presenta el Hecho cumplido. Tesis Maestría, Universidad Militar Nueva Granada 2012. <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7841/1/RonderosCalderonYolandaAlicia2012.pdf>

## 2.2. Evolución jurisprudencial de los hechos cumplidos:

El Honorable Consejo de Estado ha sido ambivalente a la hora de desatar los litigios relacionados con los hechos cumplidos, son tres los momentos a saber.

1. Reconocimiento del deber de indemnizar con el argumento de que la obra se ejecutó sin el contrato y el Registro Presupuestal por un hecho imputable a la administración, que el contratista no debe asumir.
2. Cambió de posición para rechazar cualquier reconocimiento pues el particular reconoció la situación y ahora pretende aprovecharse de ella. Sin embargo también la jurisprudencia admite la actio in rem verso.
3. Admisión de la actio in rem verso pero solo en algunos casos.

### 2.2.1.- Reconocimiento del deber de indemnizar con el argumento de que la obra se ejecutó sin el contrato y el Registro Presupuestal por un hecho imputable a la administración, que el contratista no debe asumir.

En efecto, un primer momento, en el decenio de los años ochenta y hasta el año 2006<sup>58</sup>, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció la obligación de reparar a los particulares que estaban prestando servicios a favor de entidades estatales, sin que mediara contrato que regulara dicha relación, pero que habían, trabajando a favor de la administración<sup>59</sup>. Siguiendo a GIL BOTERO<sup>60</sup>, en el decenio de los años ochenta y hasta el año 2006, la sección tercera del Consejo de Estado reconoció invariablemente la obligación de reparar a los particulares que estaban prestando servicios a favor de entidades estatales, sin que mediara contrato que regulara dicha relación, y que, al fin y al cabo, habían trabajado a favor de la administración.

La discusión reiterada que se planteaba la jurisprudencia era la ejecución de actividades sin contrato, en cuyo caso la constante fue hacer responsable al Estado por el daño causado.

Tal situación fue estudiada en un caso en que una empresa de vigilancia privada prestó sus servicios a una entidad estatal, cuando había vencido el plazo del

---

<sup>58</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Consejero Ponente Carlos Betancur. Bogotá D.C., 29 de agosto de 1996, Radicación número: (9347); Sentencias, dictadas del 29 de enero de 1998, Exp. 11099, .M.P Daniel Suarez Hernández; 10 de septiembre de 1992. Exp. 6822 M.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Consejo de Estado Sentencia 655 de 1 de marzo de 1995, expediente 8118. Sentencia del 6 de septiembre de 1940. MP HERNAN SALAMANCA, sentencia 10 de septiembre de 1999, MP. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, Sentencia del 1 de enero del 2000, MP Manuel Ardua Velázquez.

<sup>59</sup>GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá, Temis, 2011, p. 567 y s.s.

<sup>60</sup>Ibidem.

contrato y era necesario custodiar unos bienes, ante el peligro que corrían de no existir tal vigilancia. La entidad se negó a pagar el valor del servicio, por lo que la empresa de vigilancia demandó alegando enriquecimiento sin causa. La sección tercera consideró que en el sub lite se daban todos los elementos de la *actio in rem verso*, al advertir un enriquecimiento de la entidad pública demandada al recibir un servicio de vigilancia *por una empresa especializada y oneroso, concluyendo que no se dio una relación contractual con el demandante sino una relación de hecho posterior al vencimiento del contrato de prestación de servicios suscrito con el demandante. Sobre el particular el Consejo de Estado comentó:*

*“la sociedad cuya actividad es lucrativa, se empobreció en un valor equivalente al beneficio recibido por ADPOSTAL, ya que no percibió la contraprestación correspondiente a la actividad desplegada. La correlación entre el enriquecimiento de la entidad pública y la mengua patrimonial de la demandante es obvia; ambos extremos sin causa alguna. Además, la sociedad no tiene una acción específica para el restablecimiento de su derecho”.*

En esta ocasión la sala dio cuenta que, en cambios como este, es decir, cuando se ejecuta un trabajo sin contrato previo, las entidades estatales tienen la obligaciones de pagar los servicios prestados, a favor de quien no vio retribuido su esfuerzo.

Advierte Gil Botero que es interesante destacar algunas curiosidades más de esta providencia:

*“Obsérvese que hizo caso omiso de varias normas o requisitos procesales: i) del artículo 202 del Decreto 150 de 1976, que disponía que ‘no podría pagarse suma alguna de dinero ni el contratista al iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto establecen’, ii) de la exigencia que la doctrina y la jurisprudencia civilista han establecido, según la cual no procede la *actio in rem verso* si quien la alega ha contravenido normas imperativas en este caso las del Decreto 150 de 1976, que indican que para ejecutar un contrato se debe celebrar previo proceso de selección y perfeccionarlo debidamente.”*

La Sección Tercera halló probando que el Estado se enriqueció, que se empobreció la empresa y que existió una relación de causalidad entre ambos extremos. Además destacó que la administración propició la situación, pidiéndole al particular que prestara el servicio. En este sentido, expuso que *“la situación de hecho, como se explicó, la creó la demandada, la que en todo momento fue consistente de que solo así podía sortear la falta de vigilancia”*, lo cual le impide negar luego el pago correspondiente.

A la misma conclusión llegó la Sección Tercera en la sentencia de 3 julio de 1990 (exp.5.579), cuando conoció de un caso en el que la entidad estatal no celebró un contrato adicional para complementar unas obras que se requerían para que el contratista pudiera ejecutar adecuadamente y oportunamente los trabajos contratados.

En esa ocasión, según lo demostrado, la entidad le pidió al contratista que ejecutara los trabajos, pero luego se abstuvo de pagarlos. Señaló la sala, reiterando la tesis anterior, que si la administración no pagaba se configuraba un enriquecimiento sin causa, por las siguientes razones:

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

Para Gil Botero, esta providencia tiene unos rasgos en su análisis jurídico del caso concreto similares a la providencia anteriormente citada, por los siguientes aspectos: i) destaca que la administración le pidió al contratista que ejecutara algunas tareas adicionales sin suscribir el contrato incluso quien lo hizo no fue el representante legal de la entidad de manera que el contratista no actuó por mera libertad; ii) también justifica, por razones administrativas, el comportamiento de la administración, al indicar que fue una decisión adecuada para evitar las emergencias que tenían la ciudad. En otras palabras, la sección pasa por alto la norma que prohíbe pagar un cargo no perfeccionado y iii) finalmente, funda en la justicia y la equidad el deber del Estado de pagar por la ocurrencia de este tipo de hechos.

La providencia deja ver que el acto in rem verso procede i) cuando no se celebra un contrato ii) cuando no se adiciona las prestaciones realizadas al negocio ya celebrado. Este interesante apunte precisa la distinción de los hechos cumplidos, formulada con autoridad.

El profesor Ruiz Orjuela<sup>61</sup> comenta que esta teoría se basa en el principio constitucional de la Buena Fe, argumentando fundamentalmente lo siguiente:

*“(…) que se presume tanto en el comportamiento de los particulares como de las autoridades públicas. De manera que se ve asaltado este principio cuando la administración se lucra o se beneficia de una obra, servicio o labor a expensas de un particular, generando la confianza de la concreción de un negocio jurídico que luego resulta formalmente inexistente y por lo cual este no se ve retribuido, viendo menguado consecuentemente su patrimonio”.*

Para resolver los casos de responsabilidad del Estado por los denominados hechos cumplidos, la jurisprudencia administrativa acudió a la teoría del Enriquecimiento sin Causa como título de imputación jurídica de dicha responsabilidad. Ahora bien, la cuerda procesal para alegar el enriquecimiento sin causa es la **Acción in rem**

---

<sup>61</sup> Ruiz Orjuela, Wilson. Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes. Ed. Ecoediciones , 2010, p. 38.

**verso**, la cual, en tratándose de hechos cumplidos, es procedente para el Honorable Consejo de Estado siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: a. un enriquecimiento de la parte beneficiada; b. un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; c. una relación de causalidad; d. una ausencia de causa jurídica; y e. subsidiariedad de la **actio in rem verso**<sup>62</sup>.

A la misma conclusión llegó la sección tercera en la sentencia de 3 julio de 1990 (Exp.5.579)<sup>63</sup>, cuando conoció de un caso en el que la entidad estatal no celebró un contrato adicional para complementar unas obras que se requerían para que el contratista pudiera ejecutar adecuadamente y oportunamente los trabajos contratados. En esa ocasión, según lo demostrado, la entidad le pidió al contratista que ejecutara los trabajos, pero luego se abstuvo de pagarlos. Señaló la sala, reiterando la tesis anterior, que si la administración no pagaba se configuraba un enriquecimiento sin causa, advirtiendo que el **actio in rem verso** procede i) cuando no se celebra un contrato ii) cuando no se adiciona al ya celebrado.

Durante esta etapa se aborda por primera vez el problema de la violación de normas imperativas adoptando una posición de prevalencia del principio de equidad y de justicia para sustentar el deber de indemnizar a quien prestó un servicio a la administración y no recibió su contraprestación dineraria. Quiere ello decir, que en materia administrativa, durante esta etapa, no se aplicó el requisito de la **acción in rem verso** y el enriquecimiento sin causa relacionado con el deber de no violar normas imperativas en la demanda del pago<sup>64</sup>.

### **2.2.2.- Cambio de posición para rechazar cualquier reconocimiento pues el particular reconoció la situación y ahora pretende aprovecharse de ella. Sin embargo también la jurisprudencia admite la actio in rem verso.**

El segundo momento, es partir del año 2006, cuando el Honorable Consejo de Estado comienza a variar su postura para abrir paso al principio general del derecho según el cual *nadie puede sacar provecho de su propia culpa*, pues en estos casos, como lo comenta Arias García, *“el particular debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones pues a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio”*<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 10 de marzo de 1997, Radicación número: (10038)

<sup>63</sup>GIL BOTERO resalta de la providencia los siguientes aspectos: i destaca que la administración le pidió al contratista que ejecutara algunas tareas adicionales sin suscribir el contrato incluso quien lo hizo no fue el representante legal de la entidad de manera que el contratista no actuó por mera libertad; ii) también justifica, por razones administrativas, el comportamiento de la administración, al indicar que fue una decisión adecuada para evitar las emergencias que tenían la ciudad. En otras palabras, la sección pasa por alto la norma que prohíbe pagar un cargo no perfeccionado, y iii) finalmente, funda en la justicia y la equidad el deber del Estado de pagar por la ocurrencia de este tipo de hechos.

<sup>64</sup> GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá, Temis, 2011, p. 567 y s.s.

<sup>65</sup>ARIAS GARCIA, Fernando. *Estudios de derecho procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso*. Ibañez, Universidad Santo Tomas, 2013, p. 148.

Referida corporación mediante sentencia del 30 de marzo de 2006 (Exp. 25662), magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra, señaló que cuando el contratista acepta prestar un servicio *“con el pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la ley”*.

En efecto, en dicha providencia se indicó:

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

Con el anterior argumento y partiendo de la tesis de que la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó:

*“Sin embargo, la Sala se remite a las consideraciones expuestas en la presente providencia, para replantear su posición en este tipo de casos, para afirmar que cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que se está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la ley”*.

Por su parte, Gil Botero señala que a partir de la sentencia de 30 de marzo de 2006 (Exp. 25.662), se asumió la nueva posición jurisprudencial, señalando precisamente que la violación de la Ley de Contratación Estatal no es excusa para que un contratista pida, luego de actuar imprudente y descuidadamente, una reparación por el empobrecimiento recibido, pues a tal situación se expuso impunemente.

Esta tesis jurisprudencial es precisada en el año 2007, cuando el Consejo de Estado, Sala Tercera precisó que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para subsanar situaciones derivadas de la ineficiente e irregular gestión administrativa, argumento que apoya la negativa de reconocer la indemnización del daño, sino la correspondiente compensación hasta la porción que efectivamente se enriqueció el demandado<sup>66</sup>. Pero en cierta manera, en sentencia 15469 del 29 de Agosto de 2007, se esgrimió la tesis que fundamentó la posición del Consejo de Estado sostenida hasta el año 2009. En dicha decisión, la corporación accedió al reconocimiento del enriquecimiento sin causa en casos de obras adicionales

---

<sup>66</sup> Consejo de Estado, sentencia de 7 de junio de 2007, expediente 1995-07018-01.

solicitadas por la entidad demandada y no pagadas por ausencia de contrato adicional como resultado de la conducta de la administración.

### **2.2.3. Admisión de la *actio in rem verso* pero solo en algunos casos:**

En el año 2009 nuevamente se presenta un movimiento jurisprudencial de relevancia. En esta ocasión se abriga la tesis según la cual, si bien el particular que realiza una prestación al Estado sin la previa mediación de un contrato está desconociendo el ordenamiento jurídico, es cierto también que este particular no puede afrontar de forma exclusiva los desmedros patrimoniales originados por el traslado patrimonial injustificado, máxime, si se logra evidenciar que los representantes de la administración impulsaron o motivaron fehacientemente a que el particular ejecutara dicha prestación<sup>67</sup>.

No obstante, ante la inseguridad jurídica producida por las constantes variaciones en las decisiones del Consejo de Estado, esta corporación unificó su jurisprudencia aplicable a los asuntos relacionados con los denominados hechos cumplidos. La tesis que se esgrime en la Sentencia de Unificación (24897) del 19 de noviembre de 2012 (C.P. Jaime Orlando Santofimio)<sup>68</sup>, es que, por regla general, el enriquecimiento sin causa no puede ser invocado para reclamar el pago de los hechos cumplidos sin previa suscripción del contrato estatal que lo respalde. Lo anterior obedece a que dicha acción requiere, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativo.

### **2.3. La figura del enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso*.**

La figura del enriquecimiento sin justa causa y ***la acción in rem verso***, fue introducida en nuestro ordenamiento por la Corte Suprema de Justicia de los años treinta del siglo pasado, en particular en la sentencia del 19 de noviembre de 1936, donde se explica con claridad los elementos que la componen, esto es, que exista un enriquecimiento donde el obligado obtiene una ventaja patrimonial; que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido sea a costa del empobrecido; que el demandante carezca otra acción; la acción no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley y el objeto del enriquecimiento ‘sin causa’<sup>69</sup>. debe ser el de reparar un daño, no indemnizarlo<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, sentencia del 22 de julio de 2009, dentro del expediente 2003-0035-01(3526).

<sup>68</sup>Bogotá D.C, 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) Actor: Manuel Ricardo Pérez Posada, Demandado: Municipio De Melgar. Referencia: Acción De Controversias Contractuales (Sentencia).

<sup>69</sup>“La Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia de 9 de junio de 1971 precisó: Por causa no debe entenderse aquí el motivo a que se hace referencia en el art. 1524 del Código Civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecido y el empobrecido que justifique el desplazamiento patrimonial que ha tenido 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 acción 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. De esta manera, el desarrollo de la figura ha sido jurisprudencial<sup>71</sup>, pues fue quien, a partir de la revisión de algunos casos legales, encontró que era un principio de nuestro sistema, por lo a partir de la analogía *juris* determinó que era aplicable de forma general<sup>72</sup>. Tal ejercicio hermenéutico se sustentó el artículo 8º de la Ley 153 de la ley 1887, donde se estableció la regla según la cual “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”.

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 no tenga 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 acción de in rem verso**).

Estos presupuestos fueron validados en su momento por el Consejo de Estado desde 1990; como una respuesta ante la existencia de los hechos cumplidos; de conformidad con el siguiente razonamiento: El enriquecimiento sin causa, así como la acción idónea para reclamarlo judicialmente (**acción 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

---

BUITRAGO FLOREZ, Diego. Acción de enriquecimiento y acción de enriquecimiento cambiario. Modelo de demanda de enriquecimiento cambiario. Comlibros y CIA LTDA, 2011.

<sup>70</sup> ARIAS GARCIA, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Ibañez, Universidad Santo Tomas, 2013, p. 147.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>72</sup> El Código de Comercio, consagró en su artículo 831 el principio según el cual “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

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.<sup>73</sup>

Advirtió en aquella oportunidad el Consejo de Estado, que 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.

Así mismo, según la posición que mantuvo el Consejo de Estado en su momento, 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 sirvieron para 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.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup>Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 22 de julio de 2009, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)

<sup>74</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 22 de julio de 2009, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)

Son varias las tesis planteadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al principio del enriquecimiento sin causa, las cuales podemos concretar en los siguientes términos:

**Tesis Positiva:** El Consejo de Estado sostuvo en su momento<sup>75</sup> esta tesis para sustentar el reconocimiento económico a los particulares que sufrieron un menoscabo en su patrimonio como consecuencia de la prestación de un servicio, una obra o un suministro a favor de la Administración sin que esta cancelara su valor correspondiente por carecer de un contrato previamente suscrito.<sup>76</sup>

Son variados los casos donde la jurisprudencia ha empleado esta tesis: por ejemplo, con ocasión de los beneficios que recibió la Administración cuando se le prestó un servicio de mantenimiento de equipos de oficina,<sup>77</sup> recibió una obra artística<sup>78</sup> o una obra material en una urbanización,<sup>79</sup> pero sin pagar el valor correspondiente.

En estos escenarios, la sección tercera del Consejo de Estado reconoció la responsabilidad del Estado por los daños causados a un particular por situaciones ocurridas antes de suscribir el contrato con fundamento en el principio de la confianza legítima<sup>80</sup> y en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. En uno de sus pronunciamientos el Consejo de Estado sostuvo:

*“Frente a las situaciones de hecho que suelen ocurrir antes de suscribir los contratos y que son determinantes de daños al particular, el Consejo ha afirmado que se configura la responsabilidad del Estado<sup>81</sup> y hay lugar “al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”<sup>82</sup>*

En tal sentido comenta el profesor Ruiz Orjuela que esta teoría –adoptada inicialmente por el Consejo de Estado- se fundamenta en el principio constitucional de la Buena Fe, que se presume tanto en el comportamiento de los particulares como de las autoridades públicas y el cual se ve afectado, vulnerado y obviado cuando el Estado se beneficia de una prestación de un particular sin el pago de la misma, *“(…) generando la confianza de la concreción de un negocio jurídico que luego resulta formalmente inexistente y por lo cual este no se ve retribuido, viendo menguado consecuentemente su patrimonio”*.<sup>83</sup>

---

<sup>75</sup> Esta tesis tuvo su desarrollo en la década de los 90ta.

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. 14669; M.P Ramiro Saavedra.

<sup>77</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1991. Exp. 6306. M.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>78</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 1994.

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 1997. Exp. 10.030

<sup>80</sup> Sentencias Sección Tercera, Consejo de Estado, dictadas del 29 de enero de 1998, Exp. 11099, .M.P Daniel Suarez Hernández; 10 de septiembre de 1992. Exp. 6822 M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

<sup>81</sup> Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente: 11.848.

<sup>82</sup> Consejo de Estado. Sentencia proferida el 29 de enero de 1998, expediente 11099; CP: Dr. Daniel Suárez

<sup>83</sup> RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes. Ed. Ecoediciones , 2010, p. 38.

Postura que ha sido objeto de críticas en el sentido que la teoría del enriquecimiento sin causa como título de imputación del daño para establecer la responsabilidad del Estado desconoce que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma y residual<sup>84</sup>; además se cuestiona el hecho de que se ha condenado a la indemnización plena de los perjuicios con fundamento en el enriquecimiento injusto del Estado, olvidando que su carácter es compensatorio y por lo tanto, conduce solo a la compensación del patrimonio empobrecido en la cantidad que efectivamente se disminuyó y se ha pasado por alto el cumplimiento de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa.

**Tesis negativa:** En otras ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado de ha considerado la improcedencia de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa en situaciones en las cuales se ejecutan prestaciones sin soporte contractual. En tal sentido se indicó que referida teoría no puede ser fuente de obligaciones, en razón a debe examinarse el fondo de la realidad fáctica, lo contrario conllevaría a propiciar situaciones de hecho con desconocimiento de la normatividad contractual, con la certeza de que posteriormente se logrará el reconocimiento económico a través del ejercicio de la **actio in rem verso**.

Otra de las razones expuestas para inaplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, se fundó en el carácter subsidiario de **la actio in reverso**, en asuntos en los cuales se ejecutaron prestaciones, no pactadas en el contrato, después de su terminación. Considero que en esos casos la ley garantizaba a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de la prestación y, que por lo tanto el desequilibrio económico sufrido podía solucionarse por una vía distinta al enriquecimiento sin causa.

Tesis que fue adoptada en sentencia de 30 de marzo de 2006, en la que a título de rectificación de jurisprudencia la Corporación señaló:

*“Un elemento adicional, como lo es que la falta de una causa para el empobrecimiento no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un 'enriquecimiento sin justa causa', sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa. (...) Por lo tanto, en el caso de autos resulta inconcebible admitir un 'enriquecimiento sin causa', cuando la perjudicada con el desequilibrio patrimonial consistente en prestar un servicio sin recibir ninguna retribución tuvo la oportunidad de decidir realizar dicha labor, sin que la contraprestación de la misma estuviera garantizada mediante los procedimientos e instituciones creadas para el desarrollo de la contratación estatal. Sin embargo, la Sala se remite a las consideraciones expuestas en la presente providencia para replantear su posición en este tipo de casos, para afirmar que cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa para pedir que le sea reintegrado”<sup>85</sup>*

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662.

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo

También consideró el Consejo de Estado, que en los eventos en los cuales se pretendan prestaciones no pactadas en el contrato, el particular obró con pleno conocimiento de estar actuando sin protección del ordenamiento jurídico, conducta que no le permitía luego, alegar su propia culpa.

Como se pudo observar el principio del enriquecimiento sin causa ha tenido varias aplicaciones en derecho administrativo; la teoría positiva permite indemnizar a particulares que sufrieron un detrimento patrimonial, a causa de la prestación de un bien o servicio a favor de la Administración, tesis que se comparte, toda vez que en un Estado Social de Derecho, debe prevalecer la garantía de los derechos de los asociados, efectivizar los fines esenciales del Estado establecidos en el artículo 2º de la Constitución y el principio Constitucional de la Buena Fe (Art. 83) razón por la que el Estado no puede enriquecerse sin justa causa por actos jurídicos contractuales o extracontractuales ejecutados por particulares.

Por lo expuesto, es dable sostener que existe un momento en la Jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que la teoría del enriquecimiento sin justa causa, debe ser utilizada para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por ineficiencia gestión administrativa, es así que su aplicación no conduce a la indemnización, pero si a la compensación a consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante, hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado, no siendo aplicable para situaciones realizadas al margen de las normas imperativas y de orden público que rigen la contratación pública (Ley 80 de 1993) y de las disposiciones jurídicas presupuestales, o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa.

De otra parte, es de necesario precisar aspectos relacionados con la vía procesal adecuada para el enriquecimiento sin justa causa. La jurisprudencia del Consejo de Estado, había considerado que el cauce procesal adecuado para ventilar la pretensión de restablecimiento patrimonial derivado de una eventual declaratoria de enriquecimiento sin justa causa lo constituía la acción de reparación directa. Así desde providencias emitidas en el año de 1984, se había afirmado:

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

La razón de esta posición del Consejo de Estado, sostenida hasta el año 2009<sup>86</sup>, es el razonamiento según el cual, a pesar del carácter autónomo del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa y de la actio in rem verso como mecanismo procesal adecuado para ventilar las controversias que tuvieran como fundamento dicho principio; en virtud del carácter extracontractual de dicha pretensión se ubicó dentro de las tesis de procedencia de la acción de reparación directa, tratándolo como un hecho administrativo.<sup>87</sup>

No obstante la anterior tesis, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado optó por afirmar el carácter autónomo independiente de la actio in rem verso, atendiendo el hecho de que en ausencia de un contrato debidamente perfeccionado no es posible acceder a la Administración de Justicia mediante la acción de controversias contractuales, pero que también resultaría improcedente incoar la acción de reparación directa por considerar que ésta última es de carácter estrictamente indemnizatorio, lo que pugnaría con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del enriquecimiento sin justa causa.<sup>88</sup>

Explica la misma corporación<sup>89</sup>, que esta posición fue asumida sin ambages a partir de dos providencias emitidas en el año 2009. En sentencia del 29 de enero de 2009, la Sala afirmó:

*“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”.*

La doctrina y la jurisprudencia<sup>90</sup> han aceptado como medio idóneo para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa, la ACCIÓN DE IN REM VERSO, su origen se halla en el derecho romano, siendo la misma de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, con miras a que restablezca el equilibrio patrimonial entre

---

<sup>86</sup>Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA.

<sup>87</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 1991, Exp. 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo

<sup>89</sup> Ídem

<sup>90</sup>Consejo de Estado Sección Tercera 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.

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:

1. **Es de naturaleza subsidiaria**, significa ello, que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial pedido. **2.-De 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. **3.-Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio**, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder al aminoramiento que padeció el demandante. Lo anterior a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual.

El Consejo de Estado ante la inseguridad jurídica producida por las variaciones en las decisiones de la misma corporación, unificó su jurisprudencia aplicable a los asuntos relacionados con los hechos cumplidos. La tesis que se esgrime en la sentencia de unificación (24897) del 19 de noviembre de 2012 (C.P. Jaime Orlando Santofimio)<sup>91</sup>, es que, por regla general, el enriquecimiento sin causa no puede ser invocado para reclamar el pago de los hechos cumplidos sin previa suscripción del contrato estatal que lo respalde. Lo anterior obedece a que dicha acción requiere, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativo.

Igualmente el alto tribunal advirtió que la acción procedente es la acción de reparación directa, pues de conformidad con la posición de la Corporación, el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y la autonomía de la actio in rem verso “se relaciona con la causa del enriquecimiento” y no con la vía procesal para invocarla.

En referida providencia el Consejo de Estado, formuló unas hipótesis señalando que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero de forma excepcional y bajo una interpretación estrictamente restrictiva. En tal sentido propuso los siguientes casos:

---

<sup>91</sup> Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) Actor: Manuel Ricardo Perez Posada Demandado: Municipio de Melgar. Referencia: acción de controversias contractuales (sentencia)

- a) Donde se logre demostrar que fue la actuación de la entidad pública, la que en virtud de su autoridad impuso al particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio.
- b) Donde urgente y necesario adquirir bienes o solicitar servicios o suministros, u ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente al derecho a la salud, siendo la medida más razonable sin la previa celebración de un contrato.
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno.

También señaló en la aludida sentencia de unificación de la Sección –providencia del 19 de noviembre de 2012. Exp. 24.897- que:

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

Para concluir, y conforme como lo ha señalado la jurisprudencia, es necesario que *“el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”*; que *“mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa”* y que *“el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”*.

### 3. LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN IN REM VERSO VS LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA EN LOS HECHOS CUMPLIDOS

#### 3.1. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS CUMPLIDOS:

En términos generales, la buena fe es un principio del derecho que implica realizar actos jurídicos o ejercer derechos conforme a unas exigencias morales y sociales y *“se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones”*.<sup>92</sup>

Pero sobre la buena fe se han desarrollado dos acepciones que resultan relevantes para los fines del presente trabajo. Estas son, por un lado, la denominada “buena fe subjetiva” y por el otro, la “buena fe objetiva”. La doctora Martha Lucía Neme Villarreal explica que esta discusión doctrinal tomó fuerza en el XIX, particularmente en Alemania en el año de 1870 con Bruns<sup>93</sup> y Wächter.<sup>94</sup>

Por un lado, Wächter, asumía el concepto de “buena fe” como *“la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consume en una falsa creencia, determinada por cualquier error, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, en una concepción que se denominará, después, subjetiva”*<sup>95</sup>, mientras que para Bruns, la “buena fe” representa:

*“la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano, dentro de una visión que denomina ética, en la que la mirada se dirige al contenido exterior de tal conducta, a aquello que resulta observable y enfatiza en la corrección, la honestidad, por lo que considera irrelevante lo que se piensa, se quiere o se cree, destacando que como sustento de un comportamiento probo y leal debe estar un error excusable”*<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006), proceso N° (15307).

<sup>93</sup> C. G. Bruns. *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlín, 1872, 79 citado por Neme Villarreal, Martha Lucía. 2010 “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos” en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* N.º 17, 2009, PP. 45 a 76.

<sup>94</sup> C. G. Wächter. *Rechtsgutachten*, 15 y ss.; íd. *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*, Leipzig, 1871, 13-14, citado por Neme Villarreal, Martha Lucía. 2010 “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos” en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* N.º 17, 2009, PP. 45 a 76.

<sup>95</sup> NEME VILLARREAL, Martha Lucía. 2010 “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos” en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* N.º 17, 2009, PP. 45 a 76.

<sup>96</sup> Ídem.

Ya en el contexto contemporáneo, buena fe objetiva “(...) consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte”.<sup>97</sup> Martha Lucía Neme Villarreal, explica la buena fe objetiva en los siguientes términos:

*“Conciérne a la buena fe objetiva, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”, el del bonus vir, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo”*<sup>98</sup>

Continuando con la autora en mención, la buena fe subjetiva es en términos generales un estado psicológico cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error y se caracteriza porque:

*“(...) denota un estado de conciencia, un convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.”*<sup>99</sup>

Ya en el ordenamiento Colombiano, el principio de buena fe se encuentra consagrado en el artículo 1603 del código civil, donde se señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligándose no sólo al contenido de aquellos, “sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Pero dicho principio también puede verse en el artículo 871 del Código de comercio, donde se lee que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, se obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda de acuerdo a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad.

Desde el punto de vista eminentemente constitucional, el principio de buena fe se encuentra consagrado el en artículo 83 de la Constitución Política, el cual preceptúa que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debe observar los postulados de la buena fe, “la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

---

<sup>97</sup> M.L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

<sup>98</sup> NEME VILLARREAL, Martha Lucía Op. Cit. P. 49.

<sup>99</sup> Ídem p. 49

Las normas de derecho privado antes citadas, vistas a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, constituyen una regla general según la cual la buena fe se presume, y al referirse al artículo 83 Constitucional, identifica a este principio como *“una reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares”, concluyendo de esta manera que “en consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta quebrantar la buena fe”*.<sup>100</sup>

No obstante, también hay que decir que voces como el de la doctora Martha Lucía Neme Villarreal, se apartan de la anterior interpretación constitucional donde se encuentra a la presunción de la buena fe como una regla general. A contrario sensu, esta autora sostiene que el contenido del artículo 83 es más bien una excepción a la regla que, según ella, la buena fe no se presume. Sobre el caso explica:

*“No compartimos la apreciación de la Corte Constitucional pues como ya se expuso, no existe una regla general de presunción de buena fe, existe una presunción legal de buena fe restringida al ámbito de la buena fe subjetiva, razón por la que el artículo 83 de la Carta no es ninguna reiteración de una presunción de buena fe de aplicación generalizada, sino que por el contrario la norma constitucional constituye una excepción a la que puede en nuestro entender considerarse la regla general en materia de buena fe objetiva: “la buena fe no se presume”*.<sup>101</sup>

Con esta afirmación, la autora en cometo argumenta que la presunción de buena fe no opera en las relaciones contractuales de derecho privado, operando de manera inapajaritable el principio de buena fe objetiva; y tal presunción realmente obedece a la consagración constitucional del artículo 83, constituyendo una excepción a aquella regla general consagrada en el derecho privado según la cual la buena fe no se presume.

Pasando al plano de la contratación estatal, se puede advertir en primer lugar, que el artículo 28 del Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), al referirse a los criterios de interpretación de las reglas contratación, dispuso:

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

Respecto a la buena fe en materia de contratación con el Estado, la sentencia T-209 de 2006, indica que *“el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a*

---

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994 y sentencia T-209 de 2006.

<sup>101</sup> Neme Villarreal, Martha Lucía. 2010 “La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio” en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N.º 18, 2010, PP. 65 a 94

*humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado*". Argumenta la sentencia antes enunciada, que en atención a la supremacía jurídica del Estado, es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe.

Esta providencia explica además, que la importancia de que el principio de la buena fe tenga fundamento constitucional, es relevante al derecho público por dos razones: la primera, porque permite su aplicación directa y no subsidiaria en las actuaciones administrativas, y la segunda, porque contribuye a establecer límites al poder del Estado, *"buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados"*.

Por último, la providencia en mención explica que en materia contractual, igual que como opera el principio de reciprocidad, *"la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades"*.<sup>102</sup>

Pero al hacer una revisión del desarrollo jurisprudencial del principio de la buena fe contractual por parte del Honorable Consejo de Estado, se pueden observar una línea ambivalente.

En efecto, en un primer momento, una de las justificaciones de la procedencia de la actio de in rem verso en los casos donde se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de un contrato Estatal fue la buena fe de las partes. Como se anotó en el capítulo anterior, una de las primeras soluciones dadas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado daban cuenta que el acto in rem verso procedía cuando no se cuenta con un contrato escrito y consecuentemente no se reconocen las prestaciones realizadas por el particular.

En tal sentido comenta el profesor Ruiz Orjuela que esta teoría –adoptada inicialmente por el Consejo de Estado- se fundamenta en el principio constitucional de la Buena Fe, que se presume tanto en el comportamiento de los particulares como de las autoridades públicas y el cual se ve afectado, vulnerado y obviado cuando el Estado se beneficia de una prestación de un particular sin el pago de la misma, *generando* la confianza de la concreción de un negocio jurídico que luego resulta formalmente inexistente, afectando la retribución del contratista.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2006.

<sup>103</sup> RUIZ ORJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado Y Sus Regímenes*. Ed. Ecoediciones, 2010, p. 38.

Sobre el particular, en una providencia del año 2.000, el Honorable Consejo de Estado Comentó<sup>104</sup>:

*“Especial atención merece, además, un elemento ínsito en la figura del enriquecimiento injusto, cual es la obligación que tienen las partes de obrar de buena fe, que adquiere gran importancia en el desarrollo de los contratos y aun en las etapas anteriores a su celebración, en las que se realizan acuerdos preliminares y se convienen las bases esenciales del negocio. A este tema ha hecho referencia la Sala en anteriores oportunidades, aludiendo a la confianza suscitada por el comportamiento del otro, como elemento digno de la protección del ordenamiento jurídico”.*

Pero esta posición es diametralmente opuesta a la tesis actualmente vigente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, consolidada a partir de la ya mencionada sentencia de unificación. Para el cambio de tal posición jurisprudencial se acude a la distinción entre buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

En efecto, se advierte que la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, característica propia de las situaciones posesorias. No obstante, la jurisprudencia actual señala que esa misma premisa no se puede aplicar a las distintas fases negociales pues, -argumenta el Consejo de Estado- *“en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, esto es, la buena fe objetiva”*.<sup>105</sup>

Esta tesis argumenta que este proceder es el relevante en materia negocial y por lo tanto, como concluye el Consejo de Estado en otra de sus providencias, *“en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”*.<sup>106</sup>

Para reforzar esta postura, la jurisprudencia acude a las normas de derecho privado que destacan la buena fe objetiva como elemento o mejor, principio inherente a todas las fases negociales, como se desprende del artículo 871 del Código de Comercio y el artículo 1603 del Código Civil.

Por último, la postura de la buena fe objetiva en materia de contratación con el Estado es reforzada con alusiones a principios de orden Constitucional y los propios de la contratación Estatal, como se advierte en reciente providencia del Consejo de Estado:

---

<sup>104</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, treinta (30) de noviembre de dos mil (2000), expediente N° 11895.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth Expediente número: 18.951. Radicación número: 250002326000119920808501. Actor: Aníbal Franco Gómez

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

*“Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados”<sup>107</sup>.*

No obstante, la postura actual del Consejo de Estado contempla hipótesis excepcionales en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno. Esos casos donde, por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio del Honorable Consejo de Estado, serían tres causales que presenta a título enunciativo:

- a) La primera hipótesis cavilada por el pleno del Honorable Consejo de Estado, propone que la actio in rem verso es procedente en aquellos casos donde el hecho cumplido fue originado a partir del ejercicio activo de la autoridad de la entidad sobre el particular, imponiendo al segundo la ejecución de las obligaciones de hacer, exigidas por el Estado. En otros términos, esta hipótesis sugiere una relación de subordinación del Estado sobre el particular, donde el último se encuentra en un estado de irresistibilidad frente a la orden de la entidad estatal.

Bajo el anterior planteamiento, la hipótesis sugerida por el Consejo de Estado no tendría lugar en el normal devenir del ordenamiento jurídico Colombiano, condenando su aplicación casi que a casos de Estados de excepción. Ahora bien, de proceder esta hipótesis, no se estaría hablando de un simple caso de desequilibrio patrimonial, sino de un típico caso de responsabilidad Estatal donde el particular está asumiendo una carga jurídica superior a la que realmente tendría que soportar, caso que necesariamente debería ser indemnizada.

Al pensar en un caso práctico encuadrable en la tesis sugerida por el Consejo de Estado, necesariamente se debe partir de la premisa de que no toda entidad pública tiene esa autoridad o ese poder de coerción que obligue al particular a realizar una prestación a favor del Estado, como eventualmente podría suceder con las entidades adscritas al Ministerio de Defensa, -pero se reitera- necesariamente causaría sobre el particular una carga jurídica que no tiene el deber jurídico de soportar.

- b) La segunda hipótesis planteada por la referida corporación, sostiene que la actio in rem verso es procedente en aquellos casos donde es urgente y necesario adquirir bienes o solicitar servicios o suministros, u ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente al derecho a la salud.

---

<sup>107</sup> Consejo de Estado, sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth Expediente número: 18.951. Radicación número: 250002326000119920808501. Actor: Aníbal Franco Gómez.

En esta hipótesis, admite que en casos donde es urgente y necesaria una prestación de un particular para que la entidad pública prestadora del servicio a la salud proteja una lesión inminente al derecho a la salud, para que proceda la actio in rem verso. Sin embargo, no se dice nada de otros derechos fundamentales que eventualmente se verían amenazados por la omisión de la entidad pública en eventos similares que no podrían encuadrarse en el supuesto propuesto por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

- c) Por último, la tercera hipótesis propuesta por el Consejo de Estado propone que, en tratándose de eventos de urgencia manifiesta que no fueron declarados o no cumplieron con el procedimiento establecido para el efecto por el Estatuto contractual, es procedente la actio in rem verso. Sin embargo, este evento no tiene sentido pues la urgencia manifiesta está dada por eventos claramente diferenciados de los presentados en un típico caso de hechos cumplidos.

Ahora bien, la posición en comento flaquea en su argumento por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el Honorable Consejo de Estado propone una casuística respecto a las excepciones donde procede la acción in rem verso, que evidentemente desnaturalizan a la misma. Por ejemplo, la primera hipótesis pasa por alto cualquier acuerdo de voluntades, pues de tajo plantea una imposición del Estado irresistible a la voluntad del particular, caso en el cual, sí se configura un daño antijurídico que debe ser desatado a través del medio de control de reparación directa a fin de obtener la indemnización del daño antijurídico causado al particular. Evento que claramente se aparta de los supuestos facticos que dan origen al uso de la actio in rem verso, esto es, el desplazamiento patrimonial que causa un enriquecimiento a una de las partes y un empobrecimiento correlativo.

Una crítica similar, fue realizada por la sección tercera del Consejo de Estado en decisión posterior<sup>108</sup>, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero. Pero las elucubraciones que sustentan la formulación de las hipótesis antes mencionadas, presentan dos dificultades fundamentales: por una parte se camina peligrosamente entre los linderos de la interpretación judicial y el campo de la creación normativa, cuya atribución es exclusiva del legislador. Por otra parte, la casuística elaborada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede ser considerada como un sofisma, pues sí se aplica la misma lógica que aplicó el Alto Tribunal para descartar la presunción de buena fe subjetiva en los casos de 'hechos cumplidos', también se debería aplicar la misma lógica a las hipótesis planteadas por el Consejo de Estado, es decir, también debería partir de la buena fe objetiva, pues no hay seguridad o garantía alguna que asegure que en los casos señalados por el Consejo de Estado no se presentarán actuaciones de mala fe de los accionantes, y así mismo, estarían vulnerando normas de carácter imperativo, procediendo la presunción de mala fe.

---

<sup>108</sup> Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente 1999-00171-01 (19045) MP: Enrique Gil Botero. Acción de Reparación Directa. Consejo de Estado.

En segundo lugar, presumir la mala fe de los contratistas contraría la disposición del artículo 83 Constitucional que reza: *“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 aquellos adelanten ante éstas”*. En efecto, la norma antes citada no hace la distinción que vía interpretación legal sí realiza la Corporación en referencia. En este caso, la interpretación va más allá de lo que preceptúa el propio artículo en su sentido literal, como también lo señala el salvamento de voto de la doctora Stella Conto:

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

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

Por otra parte, si bien es cierto que la Corporación acude al sustento normativo ofrecido por el código civil y el código de comercio respecto a la buena fe objetiva, el Alto Tribunal no se detiene a hacer el mismo análisis respecto del artículo 83 Constitucional, que en el ordenamiento Jurídico Colombiano tiene aplicación prevalente en atención a su carácter de norma constitucional.

Finalmente, existe una última objeción a la postura vigente y es presentada por la doctora Stella Conto, quien advirtió:

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

Al abrigo de la anterior argumentación, se considera que los casos de ‘hechos cumplidos’ deben seguirse examinando bajo la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 Constitucional, y sólo cuando se destruya probatoriamente dicha presunción, se deberá desestimar la pretensión de compensación económica. Entre

otras razones porque la enunciación de causales hipotéticas señaladas por el Alto Tribunal claramente afecta el principio de legalidad amén de crear reglas para la procedencia de la acción in rem verso por vía jurisprudencial.

### **3.2. LA ACCIÓN IN REM VERSO COMO MEDIO IDÓNEO EN CASOS DE HECHOS CUMPLIDOS:**

Una de las novedades del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es que abandona la expresión de acción que operó en vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1984. La razón de tal cambio se fundamentó en el hecho de que el derecho de acción es uno solo e independiente de las diferentes pretensiones que se pueden emplear según el caso.

Respecto a la definición del derecho de acción, Ramón Toris Arias se refiere a varios conceptos presentados por importantes juristas. Al referirse a Wachs, *“apunta a que la acción es un derecho público al que corresponde otorgar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario”*.<sup>109</sup>

Por otro lado Ramón Toris Arias<sup>110</sup>, citando a Hugo Asina, señala que la acción es el *“derecho contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado; la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal, la que tienen sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca (actor o demandado)”*. Ramón Toris también cita a Carnelutti, quien señaló que la acción es *“un derecho público subjetivo que tiene el ciudadano para obtener del Estado la composición del litigio”*.<sup>111</sup> Por último, Ugo Rocco, también citado con Ramón Toris Arias, señala que el derecho de acción es un derecho subjetivo del individuo contra el Estado, y sólo para con el Estado, *“que tiene como contenido substancial el interés abstracto de la inversión del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre de la observancia de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, puede oponer a la realización de los intereses privados”*.<sup>112</sup>

Sobre el particular, la doctora Olga Mérida Valle de La Hoz, Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, comenta en el documento de trabajo titulado *“Medios de control”*,<sup>113</sup> que la comisión redactora del C.P.A.C.A. partió de

---

<sup>109</sup> TORRIS ARIAS, Ramón. “La Teoría General del Proceso y su aplicación al proceso civil en Nayarit” 2000 P. 60

<sup>110</sup> Ídem

<sup>111</sup> Ídem

<sup>112</sup> Ídem

<sup>113</sup> Valle de De La Hoz, Olga Mérida. “Medios de control” consultado en <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/9MEDIOS.pdf>

la distinción conceptual de la denominada 'acción' o mejor, derecho de acción, el cual es único, y cuyo efecto es la generación de un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, consistente –continúa la magistrada- “en que aquel tiene el derecho a exigir y este la obligación de producir una sentencia determinada frente a la demanda”; mientras que la “pretensión” “crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, esto es lo que exigimos de otro”.<sup>114</sup>

Bajo el anterior contexto la Comisión Redactora del C.P.A.C.A., concluyó que el uso de la expresión de acción, para referirse al conjunto de acciones contencioso administrativas resultaría antitécnico, por consiguiente, lo procedente era referirse a una acción única contencioso administrativa, regulando las pretensiones contenciosas administrativas.

La doctora Olga Mérida Valle de La Hoz concluye explicando en el documento en mención:

*“Aquí se presenta un cambio a partir del cual se estructura el control judicial de la administración, ya que el Código Contencioso Administrativo lo hace sin tener en cuenta el tipo de derecho vulnerado, mientras que la Constitución instituyó acciones para cada uno de los derechos allí considerados.*

*Así las cosas, la Comisión decidió mantener los procedimientos especiales que existen en la legislación vigente como se observa en el texto del nuevo ordenamiento y del artículo 309 que ordena las derogaciones de la legislación preexistente”.*

La figura del enriquecimiento sin justa causa y **la acción in rem verso**, fue introducida en nuestro ordenamiento por la Corte Suprema de Justicia de los años treinta del siglo pasado, en particular en la sentencia del 19 de noviembre de 1936, donde se explica con claridad los elementos que la componen, esto es, que exista un enriquecimiento donde el obligado obtiene una ventaja patrimonial; que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido sea a costa del empobrecido; que el demandante carezca otra acción; la acción no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley y el objeto del enriquecimiento ‘sin causa’<sup>115</sup> debe ser el de reparar un daño, no indemnizarlo<sup>116</sup>.

Con la anterior precisión, es valedero hacer un recuento de las características de la acción in rem verso en el derecho privado para compararlas con la postura que sobre la materia ha asumido el Consejo de Estado.

---

<sup>114</sup> Idem

<sup>115</sup>“la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia de 9 de junio de 1971 precisó: Por causa no debe entenderse aquí el motivo a que se hace referencia en el art. 1524 del Código Civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecido y el empobrecido que justifique el desplazamiento patrimonial que ha tenido lugar”. BUITRAGO FLOREZ, Diego. Acción de enriquecimiento y acción de enriquecimiento cambiario. Modelo de demanda de enriquecimiento cambiario. Comlibros y CIA LTDA, 2011.

<sup>116</sup> ARIAS GARCIA, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Ibañez, Universidad Santo Tomas, 2013, p. 147.

Como ya se dijo en el capítulo anterior, 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. Y como se dijo, **la actio in rem verso** se caracteriza porque:

1. **Es de naturaleza subsidiaria**, significa ello, que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial pedido. **2.-De 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. **3.-Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio**, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder al aminoramiento que padeció el demandante. Lo anterior a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual.

Ahora bien, respecto a este mismo medio procesal, el Consejo de Estado esgrime en la sentencia de unificación (24897) del 19 de noviembre de 2012 (C.P. Jaime Orlando Santofimio), la tesis según la cual el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y la autonomía de la actio in rem verso “*se relaciona con la causa del enriquecimiento*” y no con la vía procesal para invocarla.

No obstante, como se pudo evidenciar, la naturaleza autónoma e independiente de la acción in rem verso impide que esta pueda ser equiparada con los otros medios de control establecidos en la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), como la contractual o la de reparación directa, y contrario a lo insinuado por la tesis actual del Consejo de Estado, la acción in rem verso es la procedente en sede de lo contencioso administrativo para resolver casos de hechos cumplidos.

Pero además, jurisprudencial y doctrinalmente la actio in rem verso está estrechamente ligada –como cuerda procesal– al principio de enriquecimiento sin causa, luego no se puede confundir el alcance de dicho principio, con la cuerda procesal para invocarla. Sostener una afirmación diferente evidentemente afectaría su naturaleza jurídica y prácticamente la haría inoperante, porque se integraría al principio de enriquecimiento sin causa.

Así mismo, la resiente posición del Consejo de Estado desconoce las características de la actio in rem verso respecto a su naturaleza subsidiaria, excepcional, y de rango compensatorio, pues como se ha insistido, 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 al aminoramiento que padeció el demandante. Lo anterior a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual.

Ahora bien, la naturaleza autónoma de la acción in rem verso no es óbice para que sea conocida por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a la Luz del C.P.A.C.A., ya que el artículo 149 del C.P.A.C.A. establece las competencias del Consejo de Estado, enlistando en su numeral 14 que el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

*“14. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia.”*

Entre tanto, al verificar los artículos 150 y subsiguientes del C.P.A.C.A., que establecen la distribución de competencias del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Juzgados Administrativos, no se observa ninguna regla de competencia que se refiera de forma expresa o tácita a la acción in rem verso o a los procesos de carácter contencioso Administrativo que no cuenten con regla especial de competencia.

Quiere ello decir, que el Consejo de Estado, a la luz del numeral 14 del artículo 149 del C.P.A.C.A., ostenta una competencia residual que le permite abocar conocimiento en única instancia, sobre las acciones in rem verso.

Aunque esta fórmula presenta una dificultad práctica gravísima, pues implicaría que todas las acciones de enriquecimiento sin causa deberían conocerse privativamente y en única instancia el Honorable Consejo de Estado, es viable en el sentido que no excluye el uso autónomo de la actio in rem verso.

Así las cosas, contrario a lo planteado por el Consejo de Estado, lo que sugiere es que la autonomía de la acción in rem verso no es sustancial sino procesal.

### **3.3. LA IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA PARA RECLAMAR HECHOS CUMPLIDOS:**

Como se dijo en líneas anteriores, la acción in rem verso puede ser conocida por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a la Luz del C.P.A.C.A., ya que el artículo 149 del código en mención, que establece las competencias del Consejo de Estado, enlista en su numeral 14, que el Consejo de Estado, conocerá en única instancia *de todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia.*

No obstante, la nueva tesis jurisprudencial del Consejo de Estado propone que las controversias suscitadas de los denominados hechos cumplidos sean conocidas a través del medio de control de reparación directa. Esta solución, al margen del alcance conceptual de la acción in rem verso y de la reparación directa, resuelve el problema práctico originado en el numeral 14 del artículo 149 del C.P.A.C.A., esto es, que la competencia privativa y en única instancia para conocer los casos de hechos cumplidos de 'todo el país' recaería en el Consejo de Estado,<sup>117</sup> pero desfiguraría la naturaleza misma de la actio in rem verso.

En efecto, al emplear el medio de control de la reparación directa, El Consejo de Estado ya no conocería de todas las controversias relacionadas con hechos cumplidos, pues únicamente conocería en segunda instancia las reparaciones directas que cumplen con la condición enlistada en el numeral 6º del artículo 152 del C.P.C.A. referente a la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Señala el numeral 6º del artículo 152 del C.P.C.A.:

*“6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

En consecuencia, el Consejo de Estado no conocería de aquellas reparaciones directas y naturalmente de aquellos casos de hechos cumplidos, cuando la cuantía es inferior a los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para despejar cualquier duda sobre el particular, el artículo 155 del C.P.A.C.A, señala que Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

*“(…)*

*6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Por otro lado, la nueva tesis del Consejo de Estado señala que la autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Ello quiere decir que la actio de in rem verso, más que una acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo

---

<sup>117</sup> “La competencia para conocer de los procesos debido a que al adquirir un nuevo estatus jurídico diferenciable a las demás acciones, y en razón a su reserva legal, sólo mediante una ley pudiese un juez asumir el conocimiento de los procesos y como la acción in rem verso no había sido atribuida al Juez Administrativo del Circuito ni al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, le correspondía conocer al Consejo de Estado, pues tiene la competencia residual sobre asuntos contencioso administrativos. Ante lo cual, señaló que la manera como debe entenderse la autonomía de la actio de in rem verso, es más de carácter sustancial que procedimental.” Salvamento de voto, Doctora Stella Conto Díaz del Castillo. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020000307501(24897), nov. 19/12, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. De esta manera el Consejo de Estado concluye que la autonomía de la acción in rem verso es más de carácter sustancial que procedimental.

Pero como se pudo corroborar, la acción in rem verso es autónoma en su carácter procedimental, pues su naturaleza compensatoria, busca restablecer el equilibrio patrimonial afectado en virtud del principio de equidad. Tal circunstancia hace de la naturaleza de actio in rem verso sea sui generis respecto a otro tipo de pretensiones contractuales o extracontractuales como la reparación directa.

Quiere ello decir que con dicha acción, no se busca otra cosa diferente a la de compensar un desequilibrio patrimonial y no indemnizarlo, pero además, la actio in rem verso debe usarse como mecanismo residual, esto es, 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.

En efecto, el artículo 1494 del Código civil señala:

***“ARTICULO 1494. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.*** *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 y los hijos de familia.”*

Al tenor del artículo 1494 del Código Civil, una de las fuentes de las obligaciones es “*un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona*”, luego para este tipo de casos no procedería la actio in rem verso, dado el carácter residual de esta cuerda procesal. Por esta razón en tratándose de hechos cumplidos, donde lo que se pretende es la compensación de un desequilibrio patrimonial y donde no se incluye una pretensión indemnizatoria, lo procedente es la actio in rem verso y no la reparación directa.

Ahora bien, si se acude a la reparación directa como medio de control para solucionar controversias asociadas a hechos cumplidos, de antemano, la jurisprudencia del Consejo de Estado tendría que aceptar que los hechos cumplidos configuran un daño a favor del particular que ejecutó una obra o un servicio o un suministro a favor del Estado sin la contraprestación correspondiente. Pues de lo contrario, no se podría subsumir a las fuentes de las obligaciones consagradas en el artículo 1494 del Código civil.

En otros términos, para que no operara la pretensión de la reparación directa en hipótesis asociadas a hechos cumplidos, se tendrá que partir de la premisa que se los hechos cumplidos están inmersos en las fuentes de las obligaciones del Código Civil, es decir, que los hechos cumplidos efectivamente causan un daño al particular

que a pesar de ejecutar una actividad a favor del Estado, no recibió su pago correspondiente.

Aquí surge una consecuencia adicional al considerar que los hechos cumplidos deben tramitarse a través del medio de control de la reparación directa. Y es que, al encausar a los hechos cumplidos en una fuente de obligaciones diferente al enriquecimiento sin causa y encuadrarlo en las fuentes del artículo 1494 del Código civil, se abre la puerta para que ya no se reclame solamente la compensación patrimonial, sino que además, se pueda reclamar la indemnización de perjuicios adicionales como intereses de mora.

En tal sentido, el artículo 140 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala:

*“Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011*

*Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.*

*En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”*

El consejo de Estado argumenta en la sentencia de unificación en comento que, la reparación directa es la procedente para atender pretensiones de enriquecimiento sin causa ya que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, solo se puede pedir la compensación que causó el empobrecimiento.

Nótese, que el argumento esbozado por la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo es forzado, puesto que restringe el alcance del medio de control de reparación directa al impedir –en el supuesto de probarse el daño-, la reparación integral del mismo, limitándola a la mera compensación de lo adeudado por la entidad pública.

En consecuencia, el argumento del Consejo de Estado flaquea cuando admite que la reparación directa es procedente en los casos de hechos cumplidos, porque tales hechos constituyen un daño al particular que ejecutó una actividad a favor del Estado, admitiendo de esta forma que la fuente de la obligación está incluida en el artículo 1494 del Código civil. No obstante, la Corporación entra en contradicción argumentativa cuando expresa que para indemnizar ese mismo daño, sólo es procedente compensar lo dejado de pagar por la entidad Pública, impidiendo la posibilidad de solicitar el pago de intereses.

Quiere ello decir, que el argumento expresado para sustentar la reparación directa como el medio de control en asuntos relacionados con los 'hechos cumplidos' es falaz, pues únicamente busca cambiar la actio in rem verso por la reparación directa para tramitar estos asuntos, pero sin cambiar la consecuencia jurídica de la actio in rem verso, esto es, tramitar una pretensión eminentemente compensatoria, sin posibilidad alguna de tramitar la pretensión indemnizatoria a pesar de tratarse a través del medio de control de la reparación directa.

En otros términos, la acción de reparación directa requiere la existencia de un daño antijurídico y el nexo causal entre este y la acción u omisión del Estado; con esto, la acción de reparación directa busca la indemnización o la reparación por el daño antijurídico, luego no resultaría procedente para obtener una compensación que restablezca, en virtud del principio de equidad y otros, un desequilibrio patrimonial.

Por esta razón se debe proteger la autonomía de la acción in rem verso, que a pesar de ser subsidiaria, es el medio idóneo para compensar el empobrecimiento producido por el desplazamiento patrimonial sin que medie razón o motivo justificante; restableciendo el equilibrio patrimonial afectado. La actio in rem verso opera como acción autónoma y compensatoria de un desequilibrio patrimonial.

## CONCLUSIONES

La naturaleza autónoma e independiente de la acción in rem verso impide que esta pueda ser equiparada con los otros medios de control establecidos en la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), como la contractual o la de reparación directa, y contrario a lo insinuado por la tesis actual del Consejo de Estado, la acción in rem verso es la procedente en sede de lo contencioso administrativo para resolver casos de hechos cumplidos, pues en efecto, el artículo 149 del C.P.A.C.A. establece las competencias del Consejo de Estado, enlistando en su numeral 14 que el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: *“14. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia.”*

En consecuencia es plausible concluir que una motivación real para que el Consejo de Estado desnaturalizara la acción in rem verso y de paso la reparación directa, era la de prevenir un colapso en la jurisdicción al congestionar la Alta Corporación en atención a su competencia privativa y en única instancia de todos los casos de enriquecimiento sin causa en materia de contratación Estatal.

Se considera que los casos de ‘hechos cumplidos’ deben seguirse examinando bajo la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 Constitucional, y sólo cuando se destruya probatoriamente dicha presunción, se podrá indicar la improcedencia de la acción in rem verso. Entre otras razones porque la enunciación de causales hipotéticas señaladas por el Alto Tribunal claramente afecta el principio de legalidad amén de crear reglas para la procedencia de la acción in rem verso por vía jurisprudencial.

Por último se concluye se debe preservar la acción de in rem verso en cuanto acción autónoma, porque busca resolver fenómenos inequitativos en los cuales no se considera un daño, aunque en su concepción genérica este se presente, sino de evitar un enriquecimiento injustificado, para luego restablecer la equidad perdida producto de un traslado patrimonial que al margen del daño enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra parte con efectos meramente correctivos de una situación de desequilibrio y no indemnizatorios. Luego la diferencia no es únicamente sustancial sino también procesal.

## BIBLIOGRAFÍA

ARIAS GARCIA, Fernando. *Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso*. Ibañez, Universidad Santo Tomas, 2013, pp. 147, 148.

BUITRAGO FLOREZ, Diego. *Acción de enriquecimiento y acción de enriquecimiento cambiario. Modelo de demanda de enriquecimiento cambiario*. Comlibros y CIA LTDA, 2011.

CUBIDES CAMACHO Jorge. *Obligaciones*, Quinta edición, Universidad Javeriana 2005.

Bruns. *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlín, 1872, 79 citado por por Neme Villarreal, Martha Lucía. 2010 “*Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia N.º 17, 2009, PP. 45 a 76.

DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez –nulidad, inexistencia e ineficacia-, pp. 195-206, en “*Los contratos en el derecho privado*”, Legis, primera edición, 2007.

GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá, Temis, 2011, p. 567 y s.s.

GIRALDO LOPEZ, Oswaldo. “*El equilibrio, la Responsabilidad y el riesgo en los contratos estatales*” pp 2-42 en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes. Numero 24 Marzo de 2010.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho: Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional, 2004.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición 2009p. 789

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO. *Aspectos generales del proceso presupuestal Colombiano*. Bogotá 2011

NEME VILLARREAL, Martha Lucia. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, pp. 45 a 76.

RODRÍGUEZ R, LIBARDO. *Derecho Administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, decimoséptima edición, 2011, pp. 435-443.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. “*Contratos administrativos y de derechos privado de la administración*”: *Decretó. Extraordinario. 222 de 1983*. Ediciones Librería del Profesional, 1983. P. 7

RONDEROS CALDERON, Yolanda y TASCÓN RODRIGUEZ, Martha. Selección del título jurídico de imputabilidad de Responsabilidad contra el Estado cuando se presenta el Hecho cumplido. Tesis Maestría, Universidad Militar Nueva Granada 2012.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación Estatal. P. 208 Leyer 2012. P. 114

RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes. Ed. Ecoediciones , 2010, p. 38.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” en *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 1, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 1-58.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil Tomo I Parte general y personas*. Editorial Temis, décimo séptima edición, Bogotá 2011, p. 634.

WÄCHTER. RECHTSGUTACHTEN, C. G. 15 y ss.; íd. Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums, Leipzig, 1871, 13-14, citado por Neme Villarreal, Martha Lucía. 2010 “*Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*” en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N.º 17, 2009, PP. 45 a 76.

VALLE DE LA HOZ, Olga Mérida. “Medios de control” consultado en <http://consejoestadodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/9MEDIOS.pdf>

## **Jurisprudencia**

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejera ponente María Nohemí Hernández Pinzón, Radicación Número: 76001 - 23 - 31 - 000 - 2003 - 4383 - 02(3392), Bogotá D.C., 15 de julio de 2004. Actor: Deicce Leonor Arroyave Trujillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número 11895, Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Actor: Eulises Barón Gómez y Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11.099, Actor: Sociedad OTI de Colombia Ltda

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., 18 de febrero de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596) Actor: Tracto Casanare Ltda.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, tres (3) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140). Actor: Hilda Hoyos De Rodriguez. Demandado: Departamento de Cordoba

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 5 de octubre de 2005, Radicación Número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), Actor: Procuraduría General De La Nación, Demandado: Amadeo Tamayo Moron.

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia del tres (3) de febrero de dos mil (2000). Radicación número: 10399.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Consejero Ponente Carlos Betancur. Bogotá D.C., 29 de agosto de 1996, Radicación número: (9347); Sentencias, dictadas del 29 de enero de 1998, Exp. 11099, .M.P Daniel Suarez Hernández; 10 de septiembre de 1992. Exp. 6822 M.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Consejo de Estado Sentencia 655 de 1 de marzo de 1995, expediente 8118. Sentencia del 6 de septiembre de 1940. MP HERNAN SALAMANCA, sentencia 10 de septiembre de 1999, MP. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, Sentencia del 1 de enero del 2000, MP Manuel Ardua Velázquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 10 de marzo de 1997, Radicación número: (10038)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA.

Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente César Hoyos Salazar, Radicación número 1.121, 26 de agosto de 1998.

Consejo de Estado Sección Tercera 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.

Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994 y sentencia T-209 de 2006.

## **Normatividad**

Constitución de Rio Negro de 1863

Código Civil, Artículo 1500, 1518, 1502

Código del Comercio, Artículo 998

Ley 1150 de 2007. Artículo 32

Ley 106 de 1873 <http://ufdc.ufl.edu/UF00085990/00001/1j>

Ley 53 de 1909. Artículo 4º:

Ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional

Ley 167 de 1941 “Artículo 73.

Decreto 528 de 1964

Decreto 1670 de 1975

Decreto-Ley 150 de 1976

Ley 179 de 1994, Artículo 49

Decreto N° 111 de 1996, Artículo 71 del “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto

Ley 19 del 22 de enero de 1982”

Ley 80 de 1993, Artículo 13, 38,40,42

[http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/Docs/Ley\\_0167\\_1941.htm](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/Docs/Ley_0167_1941.htm)

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

[http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/678/1/digital\\_18471.pdf](http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/678/1/digital_18471.pdf)

<http://www.contratacionestatal.co/>