

CONTRATO ESTATAL – Responsabilidad extracontractual del estado – Acción de reparación directa – Actio in rem verso

Para que este principio sea eficaz se le reconoce al empobrecido sin una causa legítima, la actio in rem verso [devolución de la cosa] contra el enriquecido injustamente, con el fin de conjurar el detrimento sufrido y obtener, por esa vía, el restablecimiento o restitución del patrimonio en la proporción reducida, medio judicial que procede, según lo expresa la Corte Suprema de Justicia, cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial alterado sin justificación legítima. En consecuencia, el requisito de la ausencia de causa jurídica, implica «que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...», de manera que su procedencia está supeditada a que el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento no se origine en un negocio jurídico, en un daño o en la ley, no es posible mediante la acción de in rem verso pretender el reconocimiento de frutos o indemnizaciones de perjuicios. La actio in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o por fuera de este, soslayando las normas imperativas que disponen que el contrato estatal es solemne, esto es, que para su nacimiento debe celebrarse por escrito, previo el cumplimiento de los procedimientos de selección fijados por el legislador.

CONTRATO ESTATAL – Acción de reparación directa – Enriquecimiento sin causa

La acción de reparación directa es idónea para pretender el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en los casos en que proceda y, en consecuencia, obtener la respectiva compensación [el monto del enriquecimiento y nada más], siempre claro está que efectivamente concurra un enriquecimiento a favor de una entidad pública, con un empobrecimiento correlativo por quien lo alega, la ausencia de causa que justifique ese desequilibrio patrimonial y no exista una acción distinta para restablecer el equilibrio patrimonial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH (E)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08085-01(18951)

Actor: ANÍBAL FRANCO GÓMEZ

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 15 de junio de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda. La sentencia, previo el estudio correspondiente, será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1992, el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU del Distrito Capital adelantó el proceso de licitación pública número CB IDU SED LN 23 89, para la construcción de la segunda etapa de la Escuela Britalia, proceso en el cual participó el ingeniero Aníbal Franco Gómez y en el que resultó favorecido con la adjudicación, pero el contrato nunca se celebró y pese a que el adjudicatario ejecutó obras en beneficio del instituto, jamás le fueron pagadas. En el *sub lite* no se acreditaron los requisitos para la procedencia del enriquecimiento sin causa, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de la Corporación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 31 de julio de 1992, Aníbal Franco Gómez presentó demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU (en adelante también solo IDU), en ejercicio de la acción de reparación directa (f. 2-17, c. 3), en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: Se DECLARE que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE SANTA FE DE BOGOTÁ D.C., se enriqueció sin justa causa a COSTA del Ingeniero Civil Aníbal Franco Gómez.

Segundo: Que, como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, el Instituto de Desarrollo Urbano, deberá pagar al Ingeniero Civil Aníbal Franco Gómez: a) la suma de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$15.374.315,00) moneda corriente, por la ejecución de obras de la segunda etapa de la Escuela Britalia, correspondiente a la Licitación Pública Nacional CB IDU SED LN 23 89, en el año de 1.990 y b) la suma mensual de seiscientos catorce mil novecientos setenta y dos pesos con sesenta centavos (\$614.972.60) moneda corriente, desde el 21 de agosto de 1.990 y hasta que se realice el pago total de la obra ejecutada.

Tercero: Se condene al Instituto de Desarrollo Urbano al PAGO DEL REAJUSTE MONETARIO a favor del Ingeniero Aníbal Franco Gómez, sobre las sumas indicadas en el numeral anterior, todo conforme lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y la certificación que al respecto expide el Banco de la República.

Cuarto: Se condene al Instituto de Desarrollo Urbano al PAGO de los INTERESES CORRIENTES que certifique la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, y a favor del Ingeniero Aníbal Franco Gómez, teniendo en cuenta la condición de comerciante que ostenta el demandante, sobre el valor de la obra ejecutada y lo cancelado por financiación desde el 21 de agosto de 1990.

Quinto. Se DECLARE que el Instituto de Desarrollo Urbano deberá dar cumplimiento a la SENTENCIA que se sirva dictar ese Honorable Tribunal, favorable a las peticiones de la demanda dentro de los términos que

perentoriamente establecen los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que participó en la licitación pública número CB IDU SED LN 23 89, para la construcción de la segunda etapa de la Escuela Britalia, la cual le fue adjudicada, y que, no obstante que el contrato no se celebró por causas atribuibles a la entidad demandada, ejecutó obras a su favor que no le han sido reconocidas ni pagadas. Como soporte fáctico narró en la demanda lo siguiente:

2.1. Adujo que presentó propuesta el 2 noviembre de 1989 en la licitación pública número CB IDU SED LN 23 89, cumpliendo con todas las condiciones generales y particulares exigidas en el proceso, incluyendo un A.I.U. del 30%.

2.2. Enfatizó que, una vez le fue notificada el 14 de diciembre de 1989 la decisión de adjudicación, presentó el paz y salvo y la certificación de inscripción en el registro único de proponentes, con el fin de que se elaborara el contrato.

2.3. Señaló que, mediante escrito del 17 de enero de 1990, solicitó a la demandada permiso para iniciar la ejecución de la obra, indicando que la inversión corría por su cuenta y riesgo.

2.4. Agregó que en el IDU se acostumbraba la iniciación de las actividades antes de la firma del contrato.

2.5. Indicó que, teniendo en cuenta que la elaboración del contrato se demoró, que la obra se necesitaba y que los funcionarios del IDU siempre manifestaron que estaban elaborando el contrato, fue inducido a la iniciación de la ejecución de la obra con la interventoría e inspección del instituto.

2.6. Sostuvo que, en efecto, el IDU designó interventor para la segunda etapa de la Escuela Britalia, quien abrió el libro correspondiente, en el que constan anotaciones entre el 17 de enero y el 14 de junio de 1990.

2.7. Afirmó que el contrato finalmente no se suscribió porque el Instituto de Desarrollo Urbano no realizó la reserva presupuestal y, en consecuencia, no pudo expedir el certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente.

2.8. Refirió que el 3 de agosto de 1990, por medio de la resolución n.º 039, el IDU resolvió no contratar, decisión que le fue comunicada mediante oficio n.º 100-277, recibido el 21 de agosto siguiente, fecha a partir de la cual se suspendió en forma absoluta toda labor relacionada con la construcción de la segunda etapa de la Escuela Britalia.

2.9. Enfatizó que hasta el momento no ha recibido el pago de la obra ejecutada y que para atender sus obligaciones tuvo que contraer deudas que constan y están garantizadas en hipotecas.

3. Como fundamentos de derecho invoca el actor los artículos 830, 831 y 835 del Código de Comercio y 8 de la Ley 153 de 1887, pues, a su juicio, la situación planteada configura un enriquecimiento sin causa, dado que el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU se ha enriquecido con la obra y el trabajo del contratista Aníbal Franco Gómez en la suma de \$15 374 315 más el valor de su financiación (\$614 972 60) y, correlativamente, este último ha sufrido una disminución de su patrimonio, equivalente a los valores mencionados.

II. Trámite procesal

4. La entidad demandada **contestó la demanda** (f. 112-121 c.3) y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que no se produjo un enriquecimiento sin causa porque: (i) en ningún momento autorizó al ingeniero Aníbal Franco Gómez para que ejecutara obras sin que se perfeccionara el contrato, no obstante lo cual, contra expresas manifestaciones del IDU, procedió a efectuar algunos trabajos señalando también en forma expresa que los ejecutaba por su cuenta y riesgo, con el deseo de aportar su capital en los programas del alcalde; (ii) la administración obró en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Código Fiscal del Distrito (letra ñ, n.º 1 del art. 233 y art. 209) cuando decidió no contratar y abstenerse de autorizar la ejecución de las obras sin el lleno de los requisitos legales. En escrito separado, propuso la excepción de “ineptitud de la demanda por indebida acumulación de acciones”, con fundamento en que el demandante indicó ejercer la acción establecida en el artículo 87 del C.C.A., relativa a controversias contractuales, pero pidió que se declare el enriquecimiento sin causa, que se ajusta a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 *ibídem*.

5. Mediante proveído de 21 de junio de 2000 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**, etapa durante la cual sucedió lo siguiente:

5.1. La demandante sostuvo que se encuentran probados los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, en particular, la adjudicación del contrato, su no celebración en razón a que el IDU no cumplió con su obligación de realizar la reserva legal, y la ejecución de obras por valor de \$13 909 287 44 con la aquiescencia del Instituto de Desarrollo Urbano, pues a pesar de los oficios en donde se indicaba que no se autorizaba su iniciación ante la ausencia del contrato, dichas manifestaciones eran aparentes, pues resultan contrarias al actuar de la misma entidad, quien asignó número para el contrato, dio apertura al libro de interventoría, entregó planos al contratista, impartió órdenes para aclarar, definir y cambiar especificaciones, realizar pruebas, asignar arquitecto o ingeniero en obra, pidió reparaciones, etc. (f. 233-237 c.3). Consideró que no está llamada a prosperar la excepción propuesta por la demandada, por cuanto de la lectura de la demanda surge de manera clara que se trata de una acción de reparación directa y la cita equivocada de una norma no desvirtúa su naturaleza. Finalmente, solicitó que se declare probada la objeción grave formulada contra el dictamen pericial y se acceda a las pretensiones de la demanda.

5.2. La demandada señaló que con las pruebas allegadas al proceso se demostró que el actor construyó parte de una obra pública sin que mediara autorización o se hubiera suscrito contrato alguno, pues, aunque se adjudicó, no se pudo celebrar o suscribir y la administración con fundamento en el Código Fiscal Distrital profirió un acto administrativo que así lo declaraba, sin que contra el mismo se hubiera agotado la vía gubernativa, o se hubiera demandado ante la jurisdicción. Agregó, que también se probó que el ingeniero Aníbal Franco Gómez, además de ejecutar la obra sin autorización, lo hizo por su cuenta y riesgo, informando por escrito su deseo de aportar su capital en aras de la realización de los proyectos del alcalde, decisión esta que sólo a él comprometía y razón para que las pretensiones sean denegadas (f. 233-241 c.3).

6. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió la **sentencia** objeto de impugnación (f. 243–259, c. ppl.) y en ella resolvió declarar no probada la excepción propuesta por la demandada, declarar no

probada la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial y negar las pretensiones de la demanda.

6.1. Señaló que no procedía la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial, porque los peritos realizaron su informe con base en los elementos de juicio que obran en el proceso y explican las razones de sus conclusiones ante la ausencia de otros que les permitieran determinar con certeza el valor total de la obra ejecutada por el actor sin autorización del IDU, por lo cual toman el reconocido por la entidad a través de sus funcionarios, sin que pueda afirmarse válidamente que por ello incurrieron en un error que desvirtúe la naturaleza de las consideraciones que conducen a su conclusión.

6.2. Consideró que no estaba probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, por cuanto, de una parte, las súplicas de la demanda corresponden a la de reparación directa por enriquecimiento sin causa (art. 86 C.C.A.), sin que se acumule una distinta, y de otra parte, el error en la cita de la norma reguladora de la acción en manera alguna puede tener ese alcance que le da la entidad demandada.

6.3. Estimó que, en el caso concreto, si bien la entidad se enriqueció con el valor de las obras ejecutadas por el actor sin su autorización, de donde puede deducirse que éste correlativamente sufrió un empobrecimiento en su patrimonio, no pudo establecerse que esa situación tuviera origen en los hechos de la administración y carezca de causa que lo justifique.

6.4. Afirmó que no fue la demandada la que indujo al demandante a realizar obras sin que existiera soporte contractual, sino la conducta del actor que contra expresas negativas de la entidad, resolvió por sí y ante sí, ejecutar las obras, indicando que lo hacía por su cuenta y riesgo, manifestación producida en forma libre y dentro de la autonomía de su voluntad, que no puede interpretarse en forma distinta a la de un aporte sustentado en la liberalidad para que se desarrollara el proyecto.

6.5. Concluyó que, en razón de lo anterior, no se configura el enriquecimiento sin causa y recalcó que no es viable patrocinar la conducta de particulares que sin existir relación contractual, tratan de poner a la administración ante una situación de hecho, mediante la ejecución de obras sin autorización, para luego exigir su pago a través de la citada fuente de obligaciones.

7. Contra la sentencia de primera instancia el demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación** (f. 261 c. ppl.), con el fin de que sea revocada y se reconozcan las pretensiones de la demanda, solicitudes que sustentó (f. 254-260 c. ppl.) con base en los siguientes argumentos:

7.1. Adujo que en la sentencia de primera instancia no se realizó una interpretación y valoración de todas las pruebas; en su sentir, *“la sentencia ignora algunos hechos y pruebas, (...). Por lo anterior, los razonamientos resultan parciales (...) y la resolución errónea e injusta al establecer que el contratista no tiene derecho al reconocimiento de la obra ejecutada, con la que solo se benefició el IDU enriqueciéndose en forma injusta y causando correlativamente un detrimento económico al demandante.”*

7.2. Manifestó que en la sentencia se dio legalidad a la conducta de los funcionarios de la entidad, quienes pueden incumplir sus obligaciones y exigir al

particular el cumplimiento de condiciones establecidas por ello con desconocimiento de sus derechos.

7.3. Añadió que la ejecución de la obra está reconocida por la entidad que hizo una valoración, pero, por razón de los cambios de directivos, requisitos presupuestales, tramitología, lentitud para tomar decisiones y asumir responsabilidades, no se solucionó el reconocimiento y pago de la obra ejecutada, siendo atribuible la situación resultante al IDU.

7.4. Puntualizó que en el fallo no se analizaron ni se valoraron los actos de incumplimiento del IDU, para deducir a partir de sus actuaciones inconclusas las consecuencias que le corresponde asumir.

7.5. Indicó que esa misma situación ocurrió en otras obras (Tunjuelito, Sierra Morena, entre otras), en las que era costumbre hacer la exigencia de que el adjudicatario manifestara que la iniciación de la obra era por su cuenta y riesgo, mientras estaba pendiente la suscripción del contrato, actuación de la entidad que se presumía de buena fe, por cuanto se cumplían los requisitos previos, entre los cuales estaba la reserva presupuestal para la licitación, la adjudicación, la solicitud de presentación de los requisitos para elaborar el contrato, la asignación de número al contrato, restando tan solo suscribirlo, lo que en el *sub lite* no ocurrió por causa y abuso del derecho por parte de la entidad demandada.

8. En auto de 23 de noviembre de 2000, se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** en la segunda instancia.

8.1. La demandada reiteró los argumentos de defensa expuestos en la primera instancia y, además, con fundamento en las consideraciones del fallo impugnado, solicitó su confirmación.

8.2. El demandante anotó que su oferta cumplió con los requisitos exigidos y que el contrato no se suscribió por falta de asignación presupuestal, actividad que correspondía hacerla al IDU, pero cuya omisión no la autorizaba para emitir el acto mediante el cual decidió no suscribir el contrato. Insistió en el contenido de los diferentes oficios del interventor y funcionarios del IDU relacionados con la ejecución de la obra, y precisó que la comunicación en la que expresa la iniciación de la obra por su cuenta y riesgo obedeció a la costumbre implantada por la entidad de avanzar mientras se firmaba el contrato, acompañada de la manifestación de no dar autorización para realizarla y de actos como proyectar la minuta, designar el inventor y al inspector de obra, posesionar al contratista del sitio de trabajo, destinar un libro de interventoría, ordenar la ejecución de la obra, solicitar el cumplimiento de especificaciones, la toma de muestras de ensayo para laboratorio y la reparación de daños. Además, enfatizó que la obra ejecutada se realizó con la cooperación, dirección y autorización de la interventoría del IDU y que no existe causa eficiente y sustitutiva de liberalidad a favor del instituto, dado que en ningún acto ha renunciado al reconocimiento y pago de la misma.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

9. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que en el

momento en el cual se propuso la cuantía de la demanda alcanzaba aquella exigida para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, tuviera segunda instancia ante esta Corporación (Decreto 597 de 1988)¹.

II. Hechos probados

10. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados cronológicamente los siguientes hechos relevantes:

10.1. El 28 de junio de 1989, mediante resolución n.º 506, el director del Instituto de Desarrollo Urbano, ordenó la apertura de la licitación pública n.º 506, con el objeto de recibir propuestas para la contratación entre otras, de la construcción de la Escuela Britalia II Etapa (f. 41 c.2)².

10.2. El 21 de noviembre de 1989, a través de la resolución n.º 083, la junta directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, adjudicó la licitación pública CB IDU SED LN 23 89, para la construcción de la segunda etapa de la Escuela Britalia al oferente Aníbal Franco Gómez, por la suma de \$38 761 508 y con un plazo de ejecución de noventa días calendario (f. 50 c.2).

10.3. El 4 de diciembre de 1989, en oficio n.º 310-939, el IDU le solicitó al ingeniero Aníbal Franco Gómez el paz y salvo por todo concepto y la resolución de inscripción en el registro único de proponentes (f. 68 c. 2), la cual fue reiterada en oficio n.º 8437 del día 13 de diciembre de ese mismo año (f. 67 c.2).

10.4. En oficio del 17 de enero de 1990, el ingeniero Aníbal Franco Gómez solicitó al IDU, a través del señor Jaime Umaña Poveda, a quien denominó "interventor", permiso para iniciar la obra en la Escuela Britalia, y manifestó que: *"Sobra advertir que corre por mi cuenta y riesgo la inversión que efectúe en ella"* (f. 123 c.3).

10.5. El 24 de enero de 1990, en oficio n.º 422-024 0514, el IDU a través de los señores Jaime Umaña Poveda y Edgardo Jiménez García, interventor y jefe de la división de edificaciones, respectivamente, le informó al ingeniero Aníbal Franco Gómez que hasta tanto no se perfeccionara el contrato n.º 06 de 1990, la interventoría no daba la autorización para iniciar obras (f. 70 c. 3).

10.6. El mismo 24 de enero de 1990, en oficio n.º AFG-027, el ingeniero Aníbal Franco Gómez le contestó al IDU: *"Le reitero mi deseo de aportar mi capital en aras de la realización de los proyectos del señor Alcalde Mayor de Bogotá"* (f. 124 c.3).

10.7. El 12 de febrero de 1990, según oficio n.º 422-047^a-1045, el IDU le manifestó otra vez al ingeniero Aníbal Franco Gómez que no autorizaba el inicio y/o continuación de las obras, por cuanto según la División de Asuntos Jurídicos el contrato no se había suscrito y mucho menos perfeccionado y, por consiguiente, no existía una relación contractual entre el IDU y Aníbal Franco Gómez; así mismo, le recalcó que *"las obras a ejecutar y/o ejecutadas a la fecha, según lo manifestado en su oficio de enero 17/90 (radicación IDU 262), corren por su cuenta y riesgo"*; y agregó: *"[u]na vez perfeccionado el contrato se dará la*

¹ La cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año de 1992, tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$6860000 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso asciende a la suma de \$15 374 315, solicitada como perjuicio material por la ejecución de la obra de la segunda etapa de la Escuela Britalia a favor del actor (f. 3 c. 3).

² Constan las condiciones generales para las licitaciones públicas nacionales del programa Simón Bolívar y las particulares correspondiente a la construcción de la segunda etapa de la Escuela Britalia (f. 83-89 c.2).

respectiva autorización y cordialmente solicitamos que bajo ninguna circunstancia se hagan obras que no estén contratadas y/o cantidades de obra por encima de lo contratado” (f. 126 c. 3).

10.8. El 27 de febrero de 1990, mediante comunicación n.º 422-085-1461, el IDU le insistió a Aníbal Franco Gómez que hasta tanto no se perfeccione el contrato motivo de las obras la interventoría no daba autorización para iniciarlas, tal y como se lo había señalado en varios oficios anteriores; además, le pidió no ejecutar obras sin autorización, por cuanto no se le reconocerían (f. 72-73 c.3).

10.9. El 6 de marzo de 1990, en oficio n.º 422-098-1685, el IDU le indicó al ingeniero Aníbal Franco Gómez que *“nuevamente y sin el ánimo de entorpecer las buenas relaciones cordialmente se solicita que hasta tanto no esté suscrito y perfeccionado el contrato, no efectúen más obras”* (f. 74-75 c.3).

10.10. El 3 de abril de 1990, según comunicación n.º 422-180-2459 (f.76 c.3), el IDU le señaló al ingeniero Aníbal Franco Gómez que:

Con el objeto de poder determinar y aprobar la compactación obtenida de los rellenos de rebase en el terreno es indispensable la toma de muestra para el ensayo del proctor modificado. Lo anterior con base a los trabajos que se están ejecutando en el patio posterior para la futura cancha múltiple, obras que se están ejecutando sin la autorización de la interventoría.

10.11. El 6 de abril de 1990, a través del oficio n.º 422-258-2536 (f.77-78 c.3), el IDU le respondió una solicitud a Aníbal Franco Gómez en el sentido de que *“una vez perfeccionado el contrato se estudiaría la posibilidad de construir en placa de contrapiso (ítem 8.2.), el área correspondiente al patio de la antigua escuela, incluyendo la zona de parqueo que según la interventoría técnica del SED ya no se requieren parqueaderos y que el muro de cerramiento no está incluido por cuanto corresponde a la escuela antigua”*.

10.12. El 8 de junio de 1990, en oficio n.º 422-348-4364, el IDU le informó al señor Aníbal Franco Gómez que *“en cuanto a las obras que comprenden la segunda etapa de la Escuela Britalia y como es de su conocimiento, el contrato no se ha perfeccionado, razón por la cual no se ha dado la autorización para ejecutar obra alguna y tal y como lo manifestó en su oficio AFG-015 de enero 17/90, corre por su cuenta y riesgo la inversión que efectúe en ella”* (f. 79 c.3).

10.13. El 3 de agosto de 1990, de conformidad con el acta n.º 12 (f. 18-40 c.1), la junta directiva del IDU analizó, entre otros aspectos, la situación derivada de la licitación pública CB IDU SED LN 23 89, para la construcción de la Escuela Britalia II Etapa, encontrando que la administración se ha abstenido de celebrar el contrato por ausencia de la disponibilidad presupuestal, no obstante lo cual el adjudicatario por su cuenta y riesgo había realizado algunas obras sin tener en cuenta las reiteradas manifestaciones de la administración para que no iniciara obras hasta tanto se hubiese perfeccionado el contrato. La junta directiva, teniendo en cuenta la falta de certidumbre acerca de una adición presupuestal para cubrir el valor de la posible contratación y los demás antecedentes, con fundamento en la letra ñ del artículo 233 del Código Fiscal, decidió no contratar con el ingeniero Aníbal Franco Gómez, por inconveniencia para el instituto.

10.14. El mismo 3 de agosto de 1990, mediante resolución n.º 039 (f. 41-42, c. 3), comunicada en oficio n.º 100-277 (f. 45 c. 3), la junta directiva del IDU formalizó la decisión de no contratar la licitación pública CB IDU SED LN 23 89, para la

construcción de la Escuela Britalia II Etapa, con el ingeniero Aníbal Franco Gómez, por inconveniencia para el instituto, con fundamento en la letra ñ. del artículo 233 del Código Fiscal, según el cual *“la entidad podrá adjudicar total o parcialmente la licitación, no adjudicarla, o una vez adjudicada, contratar o no contratar”*.

10.15. El 4 de octubre de 1990, el ingeniero Jaime A. Umaña Poveda (f. 46-56, c. 3)³, interventor de la primera etapa de la Escuela Britalia, a petición de la secretaría general del IDU, rindió informe en el que da cuenta: (i) que el contratista solicitó autorización para iniciar obras advirtiendo que corrían por su cuenta y riesgo; (ii) que por escrito la división de construcciones le manifestó al ingeniero Aníbal Franco Gómez que la interventoría no impartiría autorización para iniciar obras hasta tanto no se perfeccionara el contrato; (iii) que el contratista haciendo caso omiso de las comunicaciones inició obras el 22 de enero de 1990 sin autorización; (iv) que la división de construcciones, mediante oficios de 6 de marzo, 3 de abril y 8 de junio de 1990, insistió que no se podían realizar obras sin autorización, no obstante lo cual entre el 22 de enero y el 9 de abril de ese mismo año se realizaron obras; (v) que en el mes de agosto de 1990 se cubicaron las obras ejecutadas, arrojando un valor de precios iniciales de \$9.637.364⁴.

III. Problema jurídico

³ Igualmente, el señor Jaime Alberto Umaña Poveda, ingeniero al servicio del IDU, interventor de la obra correspondiente a la primera etapa de la Escuela Britalia, rindió testimonio dentro del proceso. Relató que la obra de la Escuela Britalia se dividió en dos etapas: una primera que fue construida y en la que participó como interventor; y la segunda etapa, cuyo proceso de licitación pública fue llevado a cabo en 1989 y en la cual probablemente iba a ser designado como interventor. Igualmente, reiteró que el 17 de enero de 1990 recibió una comunicación del ingeniero Aníbal Franco Gómez, mediante la cual le pedía autorización para iniciar obras de la segunda etapa, con expresa mención de que lo haría por su cuenta y riesgo, solicitud a la cual se le respondió negativamente, porque el contrato aún no se había perfeccionado. Agregó que se le dirigieron al ingeniero Franco cuatro o cinco oficios advirtiéndole que no iniciara obras sin la autorización de la interventoría del IDU, pero el citado ingeniero ejecutó algunas y en el mes de marzo el director le solicitó que no realizara más, razón por la cual la suspendió durante diez días pero las reanudó y continuó en el mes de mayo, hasta que por fin las suspendió. Señaló que el contrato no se perfeccionó, pero él hizo un seguimiento de las obras no autorizadas y por esto se enviaron varias comunicaciones, con el objeto de que el ingeniero Franco no las hiciera. Indicó que se hicieron aclaraciones al ingeniero Franco -en materias tales como canales- y se le recaló la necesidad de los ensayos de pruebas de laboratorio del relleno a utilizar, para que cuando tuviera el contrato perfeccionado se iniciaran las obras. Afirmó que la obra ejecutada no fue recibida por el IDU y que sólo a petición del subdirector de construcciones, se cubicaron las obras y se presentó un informe en el que se menciona que se había ejecutado aproximadamente un 30% del total, *“algunas de las obras ejecutadas sin autorización quedaron completas pero en su gran mayoría quedaron incompletas”*. Recalcó que como el contrato no estaba perfeccionado nunca se hizo la designación de interventor y en cuanto al libro de obra se realizó un seguimiento en el mismo libro que correspondía a la primera etapa (f. 430-435 c.2).

⁴ Resulta del caso indicar que el dictamen pericial inicial rendido por los peritos designados señalaron que a la fecha de su visita a la obra -16 de marzo de 1998- pudieron establecer la ejecución total de la obra de la Escuela Britalia, por cuanto el IDU con posterioridad a los hechos de la demanda contrató la ejecución de la segunda etapa y por esto aunque pueden certificar que las obras se hicieron no les es posible establecer cuál contratista o persona las ejecutó. Por ello para establecer la obra realizada por el ingeniero Franco, solo cuentan con el informe en mención elaborado por el ingeniero del IDU Poveda Umaña en donde se incluye el valor citado de \$9 637 364,00 (f. 454-458 c.3). Ahora, si bien se decretó un segundo dictamen pericial para resolver la objeción de error grave que declaró infundada el juez *a quo* -aspecto por lo demás no apelado de la sentencia-, lo cierto es que los nuevos peritos en su informe presentado el 9 de abril de 1999 concluyeron que existía una diferencia de \$5 275 350 69 entre lo reclamado por el actor y el contenido del informe del interventor del IDU, y pudieron verificar las obras ejecutadas por \$4 148 639 39 según el informe de existencia, de donde coligen que sumado el valor al determinado por el interventor, arroja como resultado un total de \$13 909 287 44. Sin embargo, tal y como lo manifestó el juez *a quo*, como estos peritos no determinan si la diferencia en valor corresponde a obras ejecutadas o no por el ingeniero Franco Gómez, no aportan nada nuevo a lo señalado por los primeros peritos (f 2-4 c.4), de suerte que el único elemento de convicción del cual se puede inferir el valor de las obras ejecutadas sin autorización del IDU por el ingeniero Franco en la Escuela Britalia es el informe del señor ingeniero Jaime A. Umaña Poveda, interventor de la primera etapa de la obra.

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad del apelante con el fallo de primera instancia, la Sala observa que el problema jurídico en el *sub lite* estriba en resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿es idónea la acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 C.C.A., para hacer valer como pretensión en el contencioso administrativo la denominada *actio in rem verso*?; (ii) ¿se configuró un enriquecimiento sin causa a favor del IDU, con ocasión de las obras ejecutadas por el actor en desarrollo de la segunda etapa de la Escuela Britalia, sin que exista previamente un contrato estatal perfeccionado?

IV. Análisis de la Sala

El enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*

12. Es principio general de derecho que ninguna persona puede aumentar su patrimonio a costa del de otra persona, debido a la transmisión de un bien o la realización de un servicio, sin que ello obedezca a una razón jurídica que lo justifique, esto es, sin que medie entre ellas un vínculo jurídico (causa) previo que fundamente el desplazamiento de riqueza. La ausencia de causa justificativa del enriquecimiento da lugar a que quien se benefició al recibir el bien o servicio no pueda retener lo percibido y surja la obligación a su cargo de restituir o reintegrarlos al patrimonio del empobrecido. O sea, “*por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria*”⁵, *regulae iuris* del Derecho Romano de donde una línea moderna de pensamiento ha ubicado la figura del enriquecimiento sin causa como una de las fuentes de las obligaciones.

13. En efecto, las obligaciones surgen de alguna de las fuentes⁶ que establece el ordenamiento jurídico como eficaces para su nacimiento, y para nuestro caso el artículo 1494 del Código Civil (complementado por el art. 34 de la Ley 57 de 1887⁷), al recoger la clasificación tradicional, vía del Código Civil Francés⁸, señaló que “[l]as obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de una misma familia.”

14. Sin embargo, la doctrina moderna, con patrocinio en la jurisprudencia, la ha considerado insuficiente, incompleta, complicada, carente de actualización y rígida, por lo que en un intento por superar la fórmula tradicional se han ensayado diversas clasificaciones en materia de fuentes de las obligaciones, siendo quizás la que más aceptación ha tenido aquella que puntualiza su nacimiento en: (i) el acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 del Código Civil; (ii) el hecho ilícito, que comprende el delito y el cuasidelito;

⁵ “*Ex iure naturae aequum est nemine cum laterius detrimento aut injuria fieri locupletiolem*”, Digesto 50.17.206, aforismo que se le atribuye al jurisconsulto Pomponio.

⁶ Las fuentes de las obligaciones son los hechos, acontecimientos o causas que les dan origen.

⁷ “*De los cuasi-contratos. Artículo 34.- En las obligaciones que se contraen sin convención, nace o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasi-contrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.*”

⁸ Formulada por Pothier quien la tomó del derecho romano y a la que agregó la ley. Cfr. Pothier, Joseph Robert. *Tratado de las Obligaciones*, Edt. Heliasta, Buenos Aires, 2007, Traducción de Guillermo Cabanellas Torres de la segunda edición de 1824.

(iii) la ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciada también en el sistema del Código, y (iv) el enriquecimiento sin causa⁹.

15. O, si se prefiere, siguiendo otra clasificación, las fuentes de las obligaciones son: (i) el negocio jurídico, que comprende todos los actos unilaterales o bilaterales dispositivos de intereses en ejercicio de la autonomía privada; (ii) el daño, pues quien con culpa o sin ella infiere un perjuicio a otro está en el deber de repararlo; (iii) el enriquecimiento sin causa, por cuanto el aumento patrimonial a consecuencia de la disminución de otro patrimonio, en condiciones tales que no medie razón que lo justifique y sin que la víctima cuente con remedio alguno, da lugar a restablecer el equilibrio patrimonial; y (iv) la ley, porque cuando la obligación no encaja en la autonomía privada, en la necesidad de reparar, o en el repudio del enriquecimiento inmotivado a expensa ajena, aquella, en veces, compele a las personas al cumplimiento de una determinada prestación¹⁰.

16. Sea cual fuere la clasificación doctrinal de las fuentes que se quiera seguir, lo cierto es que se debe partir de lo previsto en el ordenamiento jurídico, con base en el cual se determina cuándo se está en presencia de una obligación y por tanto, se establece la vía de protección con que cuenta en el Derecho.

17. Dentro de estas fuentes, como ya se enunció, se encuentra el enriquecimiento sin causa, cuyo origen se debe a la teoría de las condiciones del Derecho Romano, en el que, ante ciertos supuestos de enriquecimiento se concedía, entre otras, acciones de restitución: a) la *condictio indebiti*, para repetir lo que se hubiera pagado, por error, algo que no se debía; b) la *condictio ob causam datorum o causa non secuta*, cuando se hubiera cumplido una prestación a favor de otro con el propósito de obtener un fin lícito que no llegaba a realizarse o cuando desaparecía el efecto que se creía permanente; c) la *condictio ob turpem causam*, cuando se hubiera dado o prometido algo por motivos inmorales o ilícitos; d) la *condictio furtiva*, cuando se le hubiera robado o hurtado una cosa a alguien; e) la *condictio sine causa*, categoría residual en la que se enmarcaban el resto de situaciones por razón de un vínculo previo inexistente o que no llegó a producirse o dejó de existir; y f) la *actio in rem verso*, en sentido estricto, que se reconocía a los hijos menores y esclavos contra el *pater familias* para reponer la situación patrimonial, cuando se hubiera aprovechado o beneficiado de los contratos o hechos por ellos ejecutados¹¹.

18. No obstante, en el derecho romano no era considerado como un principio general. Fue la doctrina *ius naturalista* (Grocio) antes de la codificación, la que la introdujo como principio general de derecho y fuente de obligaciones; posteriormente, la doctrina alemana elaboró la teoría que recoge los eventos que en el derecho romano se fundamentaban en un provecho carente de justificación, al punto que alcanzó consagración legal expresa en el Código Civil Alemán

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de septiembre de 1940. Planiol, por ejemplo, la reduce a dos, “en realidad, dice, no hay más que dos fuentes de obligaciones: el concurso de voluntades entre acreedor y deudor, y la voluntad toda poderosa de la ley que impone la obligación a una persona a pesar de ella y en interés de otra”. Planiol, Marcelo, *Clasificación des sources obligations*, *Revue Critique*, reproducido por Luis Claro Solar, en *explicaciones de derecho civil chileno*, tomo décimo, de las obligaciones, 1936, p. 554.

¹⁰ Hinestrosa, Fernando, *Curso de Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 1961, p. 93-96.

¹¹ Uribe, Holguín, Ricardo, *De las Obligaciones y del Contrato en General*, Ediciones Rosaristas, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1980, p. 132.

(parágrafo 812 BGB)¹², luego en el Código Suizo de las obligaciones (art. 62), en el Código Civil italiano (arts. 2041 y 2042), entre otros ordenamientos jurídicos.

19. Con lo anterior se quiere destacar, por una parte, que de antiguo se censuró y sancionó el aprovechamiento sin razón jurídica o moral, aumentos patrimoniales indebidos o enriquecimientos a expensas ajenas, mediante el establecimiento de acciones de restitución para obtener el restablecimiento el equilibrio patrimonial roto sin justificación legítima; y por otra, que el enriquecimiento sin causa aunque emerge como una fuente de obligaciones, se trata de un recurso subsidiario (de remedio último) concedido por el derecho a la persona cuando no existan otros medios directos eficaces para restablecer el equilibrio patrimonial que por un hecho de otra le fue turbado, sin que medie un vínculo jurídico previo.

20. El principio según el cual nadie debe enriquecerse injustamente a expensas del otro, proclamado por los jurisconsultos romanos y por antiguos tratadistas, si bien no fue recogido en nuestro Código Civil en una norma expresa, inspira varias de sus disposiciones¹³ y fue introducido por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 (también los artículos 4, 5 y 48), por cuya inteligencia “[c]uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

21. En efecto, con base en el espíritu general de la legislación que repudia el enriquecimiento a costa ajena no justificado por la ley o un acto jurídico, y basado en criterios de moralidad, equidad, buena fe y justicia, la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 6 y 19 de septiembre de 1935, de 19 de noviembre de 1936 y 14 de abril de 1937 (GJ números 1918, 1919 y 1924), entre otras, sentó las condiciones para la acción de enriquecimiento sin causa, que denominó de *in rem verso*. En la emblemática sentencia de 19 de noviembre de 1936, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mújica, la corporación aludida, señaló:

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el

¹² Con la distinción de que en esa regulación la *actio in rem verso* se contempla con carácter universal, esto es, como fórmula principal y no subsidiaria, permitiendo al damnificado demanda contra todo enriquecimiento abusivo.

¹³ Debido a su formulación posterior a la época en que fueron redactados los códigos civil francés (1804), chileno y colombiano, aunque tiene aplicaciones concretas en los artículos 1324, 1747, 2120 (artículo este derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995), 2243, 2310 y 2343 de este último.

enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia

5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.¹⁴

22. Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades¹⁵, en el mismo sentido pero en particular respecto del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, puesto que se trata de un remedio supletorio o extraordinario (*ultimum subsidium*) y no de una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos, las acciones y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico.

23. Pese a seguir tratándose como un principio general del derecho que informa el ordenamiento jurídico y que conlleva a que su aplicación no esté determinada por una expresa norma que lo consagre, según lo previsto en el artículo 8º de la Ley

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, G.J, Tomo XLIV, p. 474 y ss.

¹⁵ Ver entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 19 de noviembre de 1936, M.P. Juan Francisco Mújica; 14 de abril de 1937, M.P. Liborio Escallón; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 6 de junio de 1955, M.P. Manuel Barrera Parra, 12 de diciembre de 1955, M.P. José Hernández Arbeláez; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 7 de junio de 2002, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; 2 de octubre de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete.

153 de 1887¹⁶, es de anotar que el Código de Comercio lo estableció como regla en el artículo 831, en el sentido de que “*nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”; y también se ha deducido la prohibición constitucional de no enriquecerse injustamente a expensas de otro de lo consagrado en el numeral 1, del artículo 95 de la Constitución Política¹⁷, lo que implica que se trata de una previsión jurídica con fuerza vinculante.

24. Para que este principio sea eficaz se le reconoce al empobrecido sin una causa legítima, la *actio in rem verso* (devolución de la cosa) contra el enriquecido injustamente, con el fin de conjurar el detrimento sufrido y obtener, por esa vía, el restablecimiento o restitución del patrimonio en la proporción reducida, medio judicial que procede, según lo expresa la Corte Suprema de Justicia, cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial alterado sin justificación legítima; es decir, se itera que la acción es de carácter subsidiario, pues ella no puede convertirse en la vía general y principal a fin de resolver todo conflicto, dado que el orden jurídico establece las demás fuentes atrás enunciadas para resolver empobrecimientos o enriquecimientos injustificados, cuando encuentran soluciones a través de su aplicación.

25. En consecuencia, el requisito de la ausencia de causa jurídica, implica “*que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...*”¹⁸, de manera que su procedencia está supeditada a que el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento no se origine en un negocio jurídico, en un daño o en la ley.

26. Por eso, advierten Planiol y Ripert, que la acción *in rem verso* es declarada no ha lugar cuando otra acción pudo ser entablada, pero no se hizo por haber caducado o prescrito; o cuando se pretende eludir la obligación de probar un contrato por medio de un documento; o cuando se trate de obtener una prestación, un servicio o cualquier otro resultado excluido por disposiciones de un contrato o de la ley, en la medida en que se debe impedir que su ejercicio indiscriminado subvierta el orden jurídico, porque si bien debe completar el plexo de mecanismos jurídicos para reclamar en situaciones de enriquecimientos sin justificación o causa, mediante la corrección de inequidades para hacer más justo el orden jurídico, no es su función rehacer este, lo que ocurre cuando se le da un alcance general y exagerado con modificación de las normas positivas¹⁹.

27. Igualmente, tampoco se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho o culpa exclusiva del sujeto que lo padece, pues en estos casos

¹⁶ “Artículo 8º. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de abril de 1993, exp. 7356, y de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de agosto de 2001, exp. 6673. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

¹⁹ “Hay que hacerla funcionar mesuradamente, solamente en aquellos casos en que nuestro derecho deje lugar para el desarrollo de sus efectos, pero no cuando, por consecuencia de una prolongada elaboración o de una reglamentación madura del conflicto de intereses contrarios, una regla precisa ha sido establecida por la que se sacrifica uno de ellos en menor o mayor grado.” Cfr. Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), Cultura S.A., Habana, 1945, p. 65-66. “Esta exigencia [subsidiariedad] (...) se justifica plenamente; sin ella la acción *in rem verso* sería una acción para todo uso, que entraría en concurrencia, hasta en un conflicto, con la mayor parte de los medios de derecho, aún cuando el orden jurídico se derrumbara con ello...” Cfr. Jossierand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, obligaciones y contratos, Edt. Jurídicas Europa- América, Bosch & Cía – Editores, Buenos Aires, 1984, p. 458.

debe asumir las consecuencias de sus acciones u omisiones producto de su negligencia o imprudencia, según el aforismo de que a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)²⁰. Así mismo, no es viable utilizar la acción de enriquecimiento sin causa cuando se ha dejado transcurrir la oportunidad para ejercer otras vías de demanda, salvo lo previsto en el artículo 882 del C. Co. en materia de caducidad o prescripción de títulos valores²¹, o para evadir los requisitos que deben reunirse para el ejercicio de otros tipos de acciones²². O sea, enerva su prosperidad la malicia o torpeza en que incurriera el actor y su propia determinación propiciadora de los hechos analizados²³.

28. Ahora bien, la *actio in rem verso* ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴, como aquella que debe interponerse para obtener el restablecimiento de la situación que ha sido alterada por un enriquecimiento sin causa, y que ostenta, por un lado, como señala la doctrina, la característica de ser un mecanismo procesal subsidiario que sólo es procedente si el interesado no cuenta con otras vías de acción, de tal forma que únicamente el enriquecimiento carente de causa, y correlativo al empobrecimiento del demandante, da lugar al ejercicio de la referida acción.

29. Del mismo modo, dicha acción cuenta con la cualidad de ser compensatoria, – no resarcitoria-, en la medida en que con ella no se busca la indemnización de perjuicios, no tiene por finalidad lograr una indemnización o un resarcimiento, sino simplemente busca un restablecimiento de la situación patrimonial de las partes interesadas, eliminando el acrecimiento de un patrimonio para, a su vez, eliminar el decrecimiento del otro. En este sentido, no es posible mediante la acción de *in rem verso* pretender el reconocimiento de frutos o indemnizaciones de perjuicios.

30. Para la existencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa, según la jurisprudencia de la Corporación²⁵, es necesaria la demostración de los elementos meramente objetivos que lo definen, como son: (i) la existencia de un empobrecimiento en el patrimonio del interesado, (ii) un enriquecimiento en el

²⁰ “[L]a acción de ‘in rem verso’ se rehusa también a quien perdió, por su culpa o por su hecho, otro medio de derecho; este deberá sufrir las consecuencias de su negligencia o de su imprudencia”. Cfr. Jossierand, Louis, ob. cit., p. 460.

²¹ “Artículo 882. <pago con títulos valores>. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera./ Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo./Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.” Inciso final aparte segundo declarado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-471-06 de 14 de junio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 29.402, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez. En dicha providencia se dijo al respecto: “Con base en los planteamientos consignados líneas atrás se afirma que la *actio in rem verso*, es subsidiaria, es decir, procede sólo cuando el empobrecido no tenga ninguna otra acción para restablecer el patrimonio, de manera que tampoco es procedente cuando el demandante por su negligencia ha dejado precluir la oportunidad para instaurar la acción procedente y pretende luego, para suplir su negligencia, acudir a través de la *actio in rem verso* para reclamar la satisfacción de un derecho que podía ser satisfecho a través de una acción específica determinada por el orden jurídico”.

²³ Hinestrosa, Fernando, ob cit., p. 454.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 21534, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 21534, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

peculio de la contraparte, y (iii) una correlación entre ambos fenómenos, de tal forma que la circunstancia que permitió el acrecimiento de un patrimonio haya sido la misma circunstancia que dio lugar al decrecimiento del otro. Se advierte que:

[E]n el análisis del enriquecimiento sin causa, se tiene en cuenta que el enriquecimiento de un patrimonio, y el empobrecimiento del otro, es un hecho jurídico en el que es irrelevante la actuación subjetivamente calificada –como dolosa o culposa– de las partes que intervinieron en el hecho, y sólo se observa, para la comprobación del fenómeno y consiguiente prosperidad de la actio in rem verso, el cumplimiento de las condiciones objetivas antes aludidas.²⁶

31. En suma, el enriquecimiento sin causa ha sido entendido como una fuente autónoma de obligaciones y derechos y, la procedencia de la *actio in rem verso* está condicionada a la prueba de un enriquecimiento en el patrimonio de una persona (entendido no sólo por el ingreso de bienes sino también cuando se evita una erogación), con el correlativo empobrecimiento en el patrimonio de otra, sin causa jurídica que lo sustente, y sin que el empobrecido tenga otra acción para reclamar y obtener la compensación de su detrimento frente al enriquecido, y siempre que con la misma no se intente desconocer o burlar una disposición imperativa de la ley²⁷.

Posición unificada en materia de enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*

32. Nuestra jurisprudencia contencioso administrativa ha dado aplicación al principio general del derecho del enriquecimiento sin causa para el reconocimiento de la ejecución de prestaciones, obras o la entrega de bienes a favor de la Administración cuando: (i) no media contrato estatal perfeccionado²⁸, bien porque

²⁶ *Ídem.*

²⁷ Ver en este sentido a Jossierand, Louis, ob. cit. p. 450 y ss. Este autor dentro de los casos previstos de enriquecimiento sin causa trae a colación: (i) la accesión, como cuando se levanta una construcción y se efectúan plantaciones en terreno ajeno; (ii) las impensas realizadas en cosa ajena; (iii) el contrato de un incapaz que es anulado o rescindido y (iv) la eventualidad de un pago de lo no debido (el cual se maneja en nuestro derecho como una hipótesis de cuasicontrato y que en el contencioso administrativo la hipótesis del pago de lo no debido que se efectúa a la administración, requiere para su devolución o reconocimiento provocar el pronunciamiento de la administración sobre la devolución de lo pagado indebidamente o de lo que se ha pagado en exceso y sólo si ésta niega la petición, resulta viable atacar la legalidad del acto administrativo que así lo dispone, a través de la acción contencioso administrativa con esa pretensión regulada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, antes consagrada por el artículo 85 del C.C.A.).

²⁸ El contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas; es decir, cuando recorre su definición legal y cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, porque concurren sus elementos esenciales, esto es, sin los cuales no existe (arts. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y las formas y demás condiciones para la eficacia del acuerdo contractual, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución. El inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece que “*los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*” En armonía con esta disposición, el artículo 39 *ibídem*, señala la forma del contrato estatal, según la cual, la regla general e imperativa es que los contratos que celebren las entidades estatales para que nazcan a la vida jurídica “constarán por escrito” (*contrato litteris*), es decir, en este ámbito reina la solemnidad constitutiva, en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el “*solus consensus obligat*”. Por lo tanto, por regla general, está proscrita la contratación pública de manera verbal, dado que el negocio jurídico estatal existe si se cumple con el escrito, o sea, la formalidad es un requisito *ad substantiam actus* y la ausencia de la solemnidad comporta la inexistencia del contrato estatal, salvo en los casos en que esta exigencia esté excepcionada de acuerdo con el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993, que regula los eventos en que se prescinde por situaciones de urgencia manifiesta definidas en el artículo 42 *ibídem*.

éste no existió o ya había terminado; (ii) existiendo contrato, no se pudo ejecutar²⁹; y (iii) se ejecutan prestaciones por fuera del contrato celebrado entre las partes. Es decir, en estos casos abrió paso a la acción de responsabilidad por el enriquecimiento injusto con miras a obtener el restablecimiento del patrimonio que se reclama como empobrecido, sobre la base de que en esos eventos pueden presentarse situaciones inequitativas generadas por el desplazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, tal y como según la demanda podría ocurrir en el asunto *sub exámine*.

33. Sin embargo, la jurisprudencia no resolvió de manera uniforme las cuestiones jurídicas que se derivan de situaciones que se suscitan cuando un particular ejecuta prestaciones -de dar, hacer o no hacer- en beneficio del Estado y sin que exista vínculo contractual, toda vez que en ocasiones encontró procedente la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa considerando que el Estado no puede enriquecerse con los bienes, obras o servicios provenientes del particular y en otras consideró que la misma no es aplicable por la falta de concurrencia de todos los requisitos exigidos debido a la existencia de una acción procedente, como también una fuente de las obligaciones que explica el traslado patrimonial³⁰.

34. Ante la diversidad de pronunciamientos en materia de la teoría de enriquecimiento sin causa en el contencioso administrativo, la Sala consideró necesario recoger las orientaciones adoptadas para unificar la jurisprudencia en torno a esta figura, así como también en relación con la acción o medio de control idóneo para reclamar en juicio aquellos eventos en los cuales se han ejecutado prestaciones a favor del Estado, carentes del debido soporte contractual en la forma ordenada por la ley, y las consecuencias económicas de tal reclamación. En efecto, esta Sección en sentencia de 19 de noviembre de 2012³¹, unificó el criterio a propósito de la pluralidad de posiciones en materia de enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* en asuntos como son los que se demandan en el *sub lite*, en los siguientes términos:

12.1 *Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia³² a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831³³ del Código de Comercio, no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de

²⁹ Los requisitos de ejecución del contrato estatal son: (i) la constitución y aprobación de las garantías, (ii) el registro presupuestal; y (iii) la acreditación del pago de los aportes parafiscales, de conformidad con los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

³⁰ Así se ha hecho ver en otras ocasiones. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 24.897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

³³ [76] Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

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

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

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

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

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

Así que entonces, la buena fe objetiva “que 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 parte³⁴, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, 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”,³⁵ cuestión esta que desde luego también depende del

³⁴ [77] En este sentido cfr. 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.

³⁵ [78] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”³⁶

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

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

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

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

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera

³⁶ [79] Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

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

12.3. *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.*

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

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

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

Así que entonces 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.

Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibídem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento.

Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los

jueces administrativos³⁷ y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.

Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos³⁸ y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones.

35. Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de la Sección, por regla general, la *actio in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o por fuera de este, soslayando las normas imperativas que disponen que el contrato estatal es solemne, esto es, que para su nacimiento debe celebrarse por escrito, previo el cumplimiento de los procedimientos de selección fijados por el legislador. Esta regla se exceptúa cuando se prueba que: (i) fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa alguna del particular afectado, la que constriñó o impuso a este la ejecución de prestaciones en su beneficio, sin la existencia de un contrato estatal o por fuera del mismo; (ii) es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras, para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; y (iii) la administración, debiendo por ley hacerlo, omite declarar una urgencia manifiesta y solicita la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito, en los casos en que esta exigencia no esté excepcionada de acuerdo con el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

36. Igualmente, para esta Sección la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, es idónea para pretender el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en los casos en que proceda y, en consecuencia, obtener la respectiva compensación (el monto del enriquecimiento y nada más), siempre claro está que efectivamente concurra un enriquecimiento a favor de una entidad pública, con un empobrecimiento correlativo por quien lo alega, la ausencia de causa que justifique ese desequilibrio patrimonial y no exista una acción distinta para restablecer el equilibrio patrimonial.

El caso concreto

37. El demandante pretende que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU se enriqueció sin justa causa a costa del ingeniero Aníbal Franco Gómez, con ocasión de las obras ejecutadas por este a favor del primero, correspondientes a la segunda etapa de la construcción de la Escuela Britalia y, como consecuencia, que se le condene por el valor a que ascienden las mismas, más los intereses y el reajuste monetario.

38. Está demostrado en el proceso que el IDU adelantó y adjudicó al actor, ingeniero Aníbal Franco Gómez, la licitación relacionada con la construcción de la etapa de la Escuela Britalia, y que sin que se hubiese celebrado el respectivo contrato estatal³⁹ este ejecutó obras en dicha escuela a favor de aquel desde el mes de enero hasta el mes de mayo de 1990, cuyo reconocimiento y pago de su valor reclama en este proceso.

³⁷ [80] Numeral 6 del artículo 134B del C.C.A.

³⁸ [81] Numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.

³⁹ La regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito *ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

39. Sin embargo, la Sala observa que el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido porque la situación alegada no se subsume en ninguno de los casos excepcionales mencionados en la jurisprudencia unificada de la Sección y más bien el acrecimiento patrimonial del IDU a propósito de las obras ejecutadas por el actor se trata de un hecho jurídico que sí tiene causa, lo que descarta la procedencia de la *actio in rem verso*.

40. En efecto, no aparece prueba alguna de que la administración constriñó o impuso al contratista la ejecución de las obras, sin que se hubiera celebrado y perfeccionado el contrato adjudicado, para que pueda admitirse el enriquecimiento sin causa, por quedar comprendida la situación dentro de ese caso excepcional. El impugnante pretende hacer ver que ciertos actos del IDU lo indujeron a hacer las obras, como la elaboración de un proyecto de minuta, la designación de interventor, la exigencia de cumplimiento de especificaciones, la petición de muestras de ensayo para laboratorio, la apertura de libro de interventoría, entre otras, pero lo cierto es que está acreditado que fueron múltiples y reiteradas las advertencias que le hizo el IDU al actor en el sentido de que no realizara o continuara obras no autorizadas, sin haberse previamente perfeccionado el contrato adjudicado. Más aún, se comprobó que el actor manifestó en forma expresa que la iniciación e inversión de la obra, sin que se hubiera suscrito el contrato, corría “*por su cuenta y riesgo*”, y que deseaba “*aportar [su] capital en aras de la realización de los proyectos del señor alcalde mayor de Bogotá*” (oficios del 17 de enero y 24 de enero de 1990), lo cual contrasta con su afirmación en el recurso de apelación de que en ningún acto ha renunciado al reconocimiento y pago de la obra ejecutada y permite colegir que el acrecimiento patrimonial de que gozó el IDU no puede ser considerado como carente de causa.

41. En el caso concreto, fue el mismo actor quien originó el desplazamiento patrimonial a favor del IDU, razón por la cual no es viable concluir que el enriquecimiento alegado es injustificado. Nótese que de acuerdo a los medios de convicción que obran en el expediente, deviene incuestionable el hecho de que fue el ingeniero Aníbal Franco Gómez el que, pese a la oposición de la entidad, inició y continuó ejecutando las obras de la segunda fase de la Escuela Britalia, sin tener un soporte o sustento contractual. Es decir, el actor con pleno conocimiento y por su propia voluntad, ejecutó las obras cuyo valor ahora reclama, sin que existiera fundamento contractual y, aún más, contra la voluntad de la administración.

42. A este respecto, es pertinente señalar que el señor Jaime Alberto Umaña Poveda, ingeniero al servicio del IDU, interventor de la obra correspondiente a la primera etapa de la Escuela Britalia, quien rindió testimonio en el proceso, es claro en manifestar que como el contrato no estaba perfeccionado nunca se hizo la designación de interventor de la segunda etapa y en cuanto al libro de obra (f. 2-5 c.2) se realizó un seguimiento en el mismo que correspondía a la primera etapa (f. 430-435 c.2), pero adujo que siempre se le advirtió al ingeniero Franco que no realizara obras hasta que se suscribiera el contrato y se impartiera autorización⁴⁰, y que si bien se hicieron aclaraciones, como por ejemplo en materia de los canales, y se recalcó la necesidad de los ensayos de pruebas de laboratorio del relleno a utilizar, esto se hizo para que cuando se tuviera el contrato perfeccionado se iniciaran las obras.

⁴⁰ Afirmación que, además de coincidir con las comunicaciones enviadas al ingeniero Franco por la administración, consta en las anotaciones realizadas por el señor Umaña en el libro de obra de la primera etapa de la Escuela Britalia los días 17 y 26 de enero, 5 y 8 de febrero y 27 de marzo de 1990.

43. De otro lado, no existe prueba que demuestre que el comportamiento o conducta del IDU fue la que generó la realización de las obras por parte de Aníbal Franco Gómez, pues, con independencia de que se le hubiese adjudicado la licitación correspondiente y decidido por la junta directiva del IDU posteriormente no celebrar el contrato por falta de asignación presupuestal, invocando el numeral 1, letra ñ, del artículo 233 del Código Fiscal del Distrito, según resolución n.º 039 de 3 de agosto de 1990⁴¹, situación que no es la que fundamenta su reclamación y que genera una responsabilidad que no fue materia de las pretensiones en este proceso, las diferentes comunicaciones a él enviadas por la entidad demandada y la interventoría son ilustrativas del conocimiento que tenía el demandante acerca de la inexistencia de un contrato que las amparara y de la intención inequívoca del IDU de no autorizar las obras hasta tanto se contara con el contrato perfeccionado.

44. Ahora bien, el impugnante en su recurso trae como argumentos para soportar sus pretensiones el incumplimiento de la entidad en la celebración del contrato por la omisión del deber de contar con la asignación presupuestal, la carencia de facultad para emitir el acto en el que se decidió no suscribir el contrato y la supuesta costumbre de la entidad de avanzar en las obras mientras se firmaban los contratos. No obstante, se debe advertir que, además de que no se demandó el acto administrativo en el que se decidió no contratar, lo cierto es que en este proceso no se está debatiendo la responsabilidad de la entidad por el eventual incumplimiento en la celebración del contrato adjudicado, sino como lo propuso el actor en su demanda un enriquecimiento sin causa, por haber ejecutado en beneficio de la entidad unas obras sin mediar un contrato, institución cuyos requisitos han sido atrás analizados, al igual que la posición actual de la jurisprudencia en torno a la misma.

45. Es decir, el actor optó por generar una situación de hecho que tuvo origen en su actitud de adelantar por su cuenta y riesgo obras sin que se hubiese suscrito el contrato adjudicado, para luego reclamar por la vía del enriquecimiento sin causa, cuando bien pudo acudir a demandar los daños que eventualmente se le hubiesen podido producir por el incumplimiento de la entidad de su obligación de suscribir el contrato. En efecto, por sabido se tiene que el acto administrativo de adjudicación de la licitación pública es irrevocable y obligatorio, de manera que las partes deben en el tiempo establecido en los pliegos de condiciones perfeccionarlo, para lo cual tienen que cumplir con la solemnidad del escrito. Si la entidad pública omite o se abstiene sin justificación jurídica alguna de cumplir con las formalidades impuestas en la ley para el nacimiento del contrato, esto es, los trámites tendientes para el perfeccionamiento del contrato, frente a la diligencia del particular en cumplirlos, surge para aquella la responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo*, por el desconocimiento de los principios de buena fe y legalidad, lo que implica el deber de reparar los daños sufridos por la frustración del contrato a causa del incumplimiento de la obligación de la entidad estatal de formalizarlo.

⁴¹ Teniendo en cuenta la fecha de la licitación pública n.º 506, esto es, 28 de junio de 1989, a este proceso le era aplicable el Decreto 222 de 1983, cuyo artículo 1 de dicho estatuto sometía a los departamentos y municipios a sus disposiciones en lo relativo a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidad, terminación, modificación y terminación unilaterales. Así se observa que la letra ñ del artículo 233 del Código Fiscal del Distrito (copias a f. 311-429 c.2), indicaba que en las licitaciones públicas en los pliegos de condiciones se debía señalar “[l]a facultad que se reservaba la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, y de una vez adjudicada contratar o no contratar”, disposición que se reprodujo en el numeral 14.3 -f. 107, *ibidem*- de los que rigieron la licitación n.º 506.

46. Empero, advierte la Sala que ni el *petitum* ni la *causa petendi* en este caso se fundamentan en una responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo*, exigible también a través de la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.), sino en aquella que tiene por fuente el enriquecimiento sin causa. Y debe tenerse en cuenta que si en el presente caso la demanda se interpretara para adecuarla a una responsabilidad precontractual por la omisión en la suscripción del contrato adjudicado por parte de la entidad pública demandada, además de que no existiría claridad acerca del nexo causal con los perjuicios alegados e incluso respecto de la idoneidad de la acción de reparación directa para enjuiciar la legalidad de un acto administrativo que no fue demandado (resolución n.º 039 de 3 de agosto de 1990, por la cual se decidió no contratar), con ello se estaría variando tanto el *petitum* como la *causa petendi* lo que, a su vez, podría implicar un desconocimiento del derecho a la defensa (art. 29 C.P.) que le asiste a la accionada.

47. En suma, coincide la Sala con el tribunal *a quo*, y discrepa del impugnante, en el sentido de que “*no fue la demandada la que indujo al demandante a realizar obras sin que existiera soporte contractual, sino la conducta del actor que contra expresas negativas de la entidad, resolvió por sí y ante sí, ejecutar las obras, indicando que lo hacía por su cuenta y riesgo*”, aportando -como lo ofreció- su capital para que el alcalde desarrollara el proyecto, manifestaciones expresas producidas en forma libre, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y con plenos efectos jurídicos, como que constituye un acto unilateral y válido que sólo mira el interés individual y no está prohibido⁴².

48. De manera que el enriquecimiento de la administración encuentra como causa el acto de beneficencia del actor y, por tanto, también le asiste razón al *a quo* cuando señala que en este caso resulta aplicable el artículo 1524 del Código Civil, según el cual “[*l*]a pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”⁴³ del acto de disposición de intereses que hizo el demandante, y cuando rememora lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de septiembre de 1936, en el sentido de que:

⁴² “*En virtud de la autonomía privada todas las personas tienen la facultad de disponer mediante actos de los intereses que el orden jurídico le permite, esto es, siempre que no se encuentre prohibido y no atente contra el orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.), y esos actos dispositivos de intereses particulares con relevancia jurídica entran dentro de la órbita de la noción de negocio jurídico, fuente de obligaciones de ordinaria utilización en la vida en sociedad, sea que se trate de declaraciones de voluntad de una sola persona o parte o de varias de manera unilateral, bilateral o plurilateral. /Si bien el contrato cubre una extensa parte de los negocios jurídicos patrimoniales o familiares, como instrumento que por excelencia abarca las relaciones de colaboración e intercambio en el tráfico jurídico entre dos o más partes o sujetos (bilateralidad), también lo es que existen los negocios unilaterales, esto es, esquemas no contractuales en los que una sola parte constituye u origina la situación jurídica a través de un acto dispositivo del cual emanan efectos enderezados a culminar en la esfera jurídica de su propio autor o que pueden trasladarse al patrimonio ajeno (directamente o por reflejo) otorgamientos de una atribución sin contraprestación y con o sin necesidad de la aceptación del destinatario./ Así, aun cuando en forma residual, dentro de las hipótesis que se amparan en el orden jurídico para crear, modificar, extinguir o regular derechos u obligaciones, es claro que existen con plena validez y eficacia los actos negociales de una sola parte o negocios jurídicos unilaterales (o sea, “...de un hecho voluntario de la persona que se obliga...” en los términos del art. 1494 C.C.), que consisten en manifestaciones de voluntad de un solo autor encaminadas a producir directamente efectos en el patrimonio o esfera jurídica de quien las hace, verbigracia, piénsese en el testamento, la aceptación o el repudio de una herencia, el abandono de bienes muebles o inmuebles, etc., y que tienen lógicamente, por regla general, como límite el orden público, las buenas costumbres y la no producción de efectos desfavorables en el patrimonio de otro sujeto.” Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2009, exp. 16169, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*

⁴³ Disposición predicable a toda la esfera en la que se mueve la autonomía de la voluntad privada, vale decir, respecto de todos los actos jurídicos y no solo para los contratos. Vid. Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, ed. Temis, séptima edición, Bogotá, 2005, p. 277-278.

La acción de in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro y no basta la existencia de estos dos factores sino que se requiere su conjunción; más todavía, aún mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad, que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede, vb. gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo el artículo 1994 del C.C...”⁴⁴.

49. Para la Sala, entonces, la causa del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento estuvo radicada en cabeza del propio particular, quien voluntariamente, sin que mediara contrato estatal y con *animus donandi* claramente expresado (art. 1450 C.C.) ejecutó las obras de la segunda fase de la Escuela Britalia, motivo por el que no resulta válido que pretenda, en contradicción a su conducta anterior, un reconocimiento pecuniario con ocasión de las mismas, bajo el argumento de que el IDU se enriqueció en forma injustificada y él se empobreció en el capital que fue aportado por su iniciativa en un acto de liberalidad, al asumir el riesgo de que no se celebrara el contrato, como efectivamente ocurrió en este caso. Por eso bien señala la doctrina que no funciona la tutela a través de la *actio in rem verso* “a favor de quienes habiendo donado o incurrido en comportamiento imputable a beneficencia, arrepentido no ahorra esfuerzos por remediar las consecuencias de su imprevisión o falta de tino, pues entonces el intento tropieza con el escollo de una razón suficiente y justificativa, la gratuidad en la atribución patrimonial”⁴⁵.

50. Aquí es pertinente subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “*adversus factum suum quis venire non potest*”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “*venire contra factum proprium non valet*”. En pocas palabras, va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, como ocurre en el presente caso en que retractado el demandante de su acto de liberalidad solicita amparo judicial mediante la acción de enriquecimiento incausado, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar a la luz del principio de la buena fe⁴⁶.

51. En síntesis, el estudio en conjunto de la prueba -aportada inclusive por el demandante- permite concluir que fue la conducta del ingeniero Aníbal Franco Gómez, la que desencadenó el traslado patrimonial y, consecuentemente, el enriquecimiento del IDU, dado que sin importar que el contrato no se hubiera celebrado, por su cuenta y riesgo financiero y aportando su capital al proyecto, ejecutó las obras materia del contrato que nunca se suscribió, razón por la cual es procedente considerar que el acto voluntario de liberalidad de aquel constituye su

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de septiembre de 1936, XLIV, 435.

⁴⁵ Hinestrosa, Fernando, ob cit., p. 454.

⁴⁶ Díez Picazo, Luis, “*La Doctrina de los Propios Actos*”, Casa Editorial Bosch, “*Nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos*” “(...) la regla que prohíbe venir contra los propios actos, puede (...) ser descrita bajo la rúbrica de “*inadmisibilidad de la pretensión contradictoria*”. Esto significa que una pretensión es inadmisibles y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido, que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica, p. 123-125-188-189-246-251.

causa, de lo que se sigue, a su vez, la palmaria improcedencia de la *actio in rem verso*, de cara a una situación frente a la cual, en el mejor de los casos, hubiese sido procedente la interposición de una demanda por responsabilidad precontractual.

52. Es por todo lo anterior, que la sentencia del juez *a quo* que deniega las pretensiones del actor será confirmada.

53. Finalmente, la Sala no proferirá condena en costas, dado que la actuación de la parte demandante no evidencia temeridad, conducta ésta que sí acarrea tal sanción por constituir un agravio para los intereses de la parte contraria, a más de entorpecer el normal funcionamiento del aparato de justicia, aspecto que no aparece acreditado en el expediente (artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 15 de junio de 2000, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Aclaró voto