

La *Actio In Rem Verso*: garantía para obtener el restablecimiento patrimonial por el enriquecimiento sin causa de la administración ante la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal.

Sirley Juliana Agudelo Ibáñez¹

Resumen: Se aborda el estudio de la *actio in rem verso* como instrumento para invocar el enriquecimiento sin causa cuando se ejecutan obras, se prestan servicios o se suministran bienes a la administración sin que exista contrato estatal. Se inicia con un análisis del desarrollo jurisprudencial sobre la *actio in rem verso* en materia de contratación estatal; posteriormente, se realiza un examen de las causales de procedencia excepcional de la referida acción, orientado por el principio constitucional de buena fe y la confianza legítima de los particulares. Se concluye que la postura actual del Consejo Estado desconoce la equidad como elemento fundante del enriquecimiento sin causa, y que las causales de procedencia se sustentaron en una postura utilitarista de supremacía del interés general, además de autorizar que daños antijurídicos derivados de abuso de poder que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se tramiten por la *actio in rem verso*

Palabras claves: actio in rem verso, enriquecimiento sin causa, contrato estatal, patrimonio

Introducción

El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho que prohíbe el desplazamiento patrimonial sin mediar causa que lo justifique. Es fuente directa de las obligaciones en aquellos eventos en los que, sin existir un acto jurídico o un hecho ilícito, una parte se enriquece mientras la otra empobrece correlativamente (Bohórquez, 2017). La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en indicar que su origen se halla en el Derecho

¹ Estudiante especialización de Contratación Estatal.

Romano, concretamente en el Digesto 50.17.206 que reproduce la regla de derecho propuesta por Pomponio: “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*”, la cual traduce: “Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria” (Arias, 2013). Esta teoría se funda en preceptos de equidad, y su propósito es el rebalanceo del equilibrio de los patrimonios involucrados en el enriquecimiento y correlativo empobrecimiento (Diez y Ponce De León, 2011).

La figura del enriquecimiento sin justa causa y en consecuencia la *actio in rem verso*, fue adoptada en Colombia por la Corte Suprema de Justicia en los años treinta, y a partir de la interpretación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y del artículo 831 del Código de Comercio, le dio la categoría de principio general. La jurisprudencia civil elaboró los elementos que la configuran: i) el enriquecimiento de donde el obligado obtiene una ventaja patrimonial; ii) un empobrecimiento correlativo del afectado; iii) que el demandante carezca de otra acción; iv) que no se pretenda desconocer una disposición imperativa de la ley (Camargo, 2014). Si bien en Colombia tuvo su construcción en el ámbito del derecho privado, el máximo Tribunal Administrativo consideró su aplicación en el derecho público, para resolver los problemas que implican los denominados “hechos cumplidos” en la contratación estatal (Castro, 2018).

En efecto, el Consejo de Estado ha decantado una extensa y ambivalente jurisprudencia sobre la procedencia de la *actio in rem verso* como medida para invocar el enriquecimiento sin causa, cuando se ejecutan obras, se prestan servicios o se suministran bienes a la administración sin que exista contrato estatal; en lo atinente ha tenido posiciones disímiles que van desde la admisión hasta el rechazo de la teoría (Cely, 2017).

En un primer momento, predominó la aceptación del enriquecimiento sin causa, bajo la garantía del principio de la buena fe y la confianza legítima de las personas afectadas. Sin embargo, en la postura vigente unificada en la Sentencia No. 24.897 del 19 de noviembre de 2012, indicó que la prestación de servicios, la ejecución de obras y la entrega de bienes sin la existencia de contrato, no justifica la compensación del equilibrio patrimonial de la persona afectada, pues no se satisface uno de los requisitos de configuración de dicha teoría: que la

conducta de las partes observe el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, estableció la procedencia excepcional, y exigió que el accionante debe probar que actuó con buena fe exenta de culpa en la relación contractual.

La actual posición jurisprudencial ha generado controversia, pues sus detractores consideran que al establecer como regla general que el enriquecimiento sin causa no puede aplicarse a situaciones que desconocen la normatividad sobre contratación administrativa, se anula la eficacia de la *actio in rem verso*, se desconoce el principio de la buena fe que debe guiar las relaciones entre la administración y los particulares estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política, y se deja a los particulares sin una herramienta para restablecer el equilibrio de su patrimonio.

A partir de la situación expuesta, en esta investigación se formuló el siguiente problema: ¿Cuál es el alcance de la *actio in rem verso* para obtener el restablecimiento patrimonial por el enriquecimiento sin causa frente a la administración, por la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal?

Para responder el planteamiento anterior, el artículo se divide en tres partes: en la primera, se estudia el desarrollo jurisprudencial sobre la *actio in rem verso* en materia de contratación estatal; en la segunda, se efectúa un examen de la procedencia excepcional de la *actio in rem verso*, para ello se aborda el análisis de la buena fe y la confianza legítima de los particulares en la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, y seguidamente, se examinan las causales de procedencia de la *actio in rem verso* cuando no existe contrato. Finalmente se emiten las conclusiones.

El trabajo concluye que la postura del Consejo de Estado tiene un alcance restringido sobre la teoría del enriquecimiento sin causa y la procedencia de la *actio in rem verso*; desconoce los principios constitucionales de la buena fe y la confianza legítima; y bajo el argumento de la prevalencia del interés general, sanciona al particular empobrecido a quien le impone la carga de garantizar el cumplimiento de las normas para la creación, perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales. Igualmente, que al formularse la

casuística de la procedencia excepcional de la acción, se desconoció la equidad como elemento fundante del enriquecimiento sin causa, y se cimentó en una postura utilitarista de supremacía del interés general, además de autorizar que daños antijurídicos derivados de abuso de poder que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se tramiten por la *actio in rem verso* pretendiendo tan solo la compensación del patrimonio y no la reparación integral.

Jurisprudencia Administrativa: La *actio de in rem verso* en materia de contratación estatal.

El Consejo de Estado ha estudiado la teoría del enriquecimiento sin causa y la procedencia de la *actio in rem verso*, cuando se realizan actividades en beneficio de una entidad estatal sin que exista contrato estatal, especialmente, en los eventos en los que se ejecuta una obra o servicio sin que el contrato esté perfeccionado, cuando éste ya ha terminado o se efectúan obras o prestaciones que no están comprendidas dentro de su objeto. Al respecto ha tenido posiciones disímiles que van desde la admisión hasta el rechazo de la teoría.

En un primer momento, predominó la aceptación del enriquecimiento sin causa, bajo la garantía del principio de la buena fe y la confianza legítima de las personas afectadas. En esta oportunidad ordenó el restablecimiento del patrimonio de la persona afectada hasta la concurrencia del empobrecimiento e imputó a la entidad demandada, la responsabilidad de cumplir las normas de contratación y respetar sus formalidades. (Consejo de Estado. Sentencia del 3 de julio de 1990, Exp. No. 5579; Sentencia del 6 de septiembre de 1991, Exp. No. 6306; Sentencia del 10 de septiembre 1992, Exp. No. 6822; Sentencia 11 de julio de 1996, Exp. No. 9409.) Así, en un evento en el que un particular prestó servicios sin existir contrato estatal, manifestó:

So pretexto de la falta de formalización de las obras adicionales por causas imputables exclusivamente a la Administración, no pueden quedar burlados los

principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas; mucho menos se puede propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuya conducta no fue otra que la de colaborar de buena fe con en el cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante. (Consejo de Estado. Sentencia 11 de julio de 1996, Exp. No. 9409)

Sin embargo, en el año 2006 varió su postura, y resaltó que las normas que regulan la contratación estatal se presumen conocidas y por lo tanto deben cumplirse por las entidades públicas y por los particulares. Afirmó así, que la observancia de las solemnidades para la existencia del contrato administrativo se constituye en una garantía para el interés público y para el particular, lo cual procura la transparencia en la administración de los recursos públicos y la objetividad en la contratación; por lo tanto, consideró que en los eventos en los que se ejecute una obra o se preste un servicio a favor de una entidad pública sin que exista contrato o este no sea ejecutable, no es posible acudir a la teoría del enriquecimiento sin causa, pues no es aceptable partir de un desconocimiento deliberado de las normas de derecho público, amén que la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento. En consecuencia, adujo que cuando la causa del empobrecimiento del demandante sea el incumplimiento de las normas establecidos en la Ley 80 de 1993 para contratar con la administración pública, la persona afectada debe asumir los resultados de dicho comportamiento antijurídico sin que pueda pretender la compensación de su patrimonio (Consejo de Estado. Sentencia 30 de 2006, Exp. 25662)

No obstante, la postura anterior, en el año 2007 accedió al reconocimiento del enriquecimiento sin causa de un accionante que realizó obras adicionales solicitadas por la entidad demandada y las cuales no fueron pagadas por inexistencia de contrato. En esta ocasión advirtió que la situación se configuró exclusivamente por la conducta de la demandada, la que indujo al afectado a la construcción de las obras; sin embargo, enfatizó que no se puede generalizar el reconocimiento del enriquecimiento sin causa cuando se desconozcan las normas de contratación, por lo que al juez le corresponde estudiar cada caso particular para determinar el contexto y la buena fe de las partes (Consejo de Estado, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp. 15469).

En ese mismo año recordó que la construcción de la teoría del enriquecimiento sin causa, fue elaborada especialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias en las que identificó los siguientes elementos para su configuración:

“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 solo 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.

(...)

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.

(...)

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 cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

(...)

5º) La acción... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.” (Consejo de Estado, Sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 14669, p 26-27)

En los anteriores términos estableció que cuando se acuda a la jurisdicción administrativa través de la *actio in rem verso*, le corresponde al juez verificar: que exista un enriquecimiento del obligado y un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; que este desequilibrio patrimonial no tenga causa jurídica; que el afectado carece de una acción para reclamar su derecho; que la situación no desconoce normas legales. Advirtió así que es necesario el cumplimiento de todos los elementos para reconocer el enriquecimiento y ordenar la compensación, pues el traslado sin causa del patrimonio, por sí solo, no es

suficiente para aplicar la teoría. Hizo especial énfasis en el último requisito, al iterar que la acción no puede invocarse para desconocer normas de orden público.

En el referido pronunciamiento realizó un estudio del desarrollo de la jurisprudencia administrativa, e identificó que la postura positiva que hasta dicho momento había sostenido el Consejo de Estado respecto al enriquecimiento sin causa y la procedencia de la *actio in rem verso* en asuntos de contratación estatal era ambivalente, y en diferentes momentos adoptó las siguientes posturas : **i)** se interpretó la demanda dándole prevalencia al principio constitucional del derecho sustancial sobre el formal, para considerar que lo pedido por el actor no era la declaratoria de existencia del contrato y la reparación de los daños derivados de su incumplimiento, sino la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto; **ii)** se manejó el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado; **iii)** se aplicó la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, con fundamento en la vulneración del principio de confianza legítima, sin comprobar la existencia de los elementos que la configuran; **iv)** se dispuso la indemnización plena de perjuicios, lo que desconoció la naturaleza compensatoria de la *actio in rem verso*.

Posteriormente, en el año 2009, al prever que en reiteradas ocasiones se había confundido la pretensión de indemnización integral, propia de la reparación directa, con la pretensión de compensación, la cual corresponde a la *actio in rem verso* en el escenario de un enriquecimiento sin causa, el Consejo de Estado declaró el carácter autónomo e independiente de esta última. En lo atinente consideró que, en ausencia de un contrato no es posible acudir a la administración de justicia mediante la acción de controversias contractuales, y tampoco podría interponerse la acción de reparación directa pues esta es de naturaleza indemnizatoria mientras que la finalidad de la *actio in rem verso* es netamente compensatoria:

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

Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente , dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria. (Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35026, p. 46)

Finalmente, debido a la pluralidad de posiciones que existían frente a la configuración del enriquecimiento sin causa en el ámbito de las relaciones contractuales con entidades públicas, lo que generaba ambigüedad e inseguridad jurídica, en el año 2012, mediante Sentencia No. 24897, decidió unificar la jurisprudencia en cuanto a las causales de procedencia, la naturaleza y la vía procesal de la *actio in rem verso* para alegar el enriquecimiento sin causa. Desde una postura que se considera restrictiva, estableció como regla general que el enriquecimiento sin causa no puede aplicarse a situaciones que desconocen la normatividad sobre contratación administrativa, pues es deber de las partes contratantes acatar el ordenamiento jurídico y la exigencia que de él se deriven, sin que sea admisible alegar la ignorancia como excusa de la inobservancia. Advirtió así, que no puede invocarse para requerir el pago de obras, bienes o servicios ejecutados sin la existencia de un contrato estatal, pues de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, para su perfeccionamiento se exige la solemnidad del escrito, con excepción de la urgencia manifiesta prevista en el artículo 41 inciso 4°.

En este orden de ideas, argumentó que la teoría que invoca la buena fe de la persona afectada para justificar la procedencia de la *actio in rem verso* y ordenar la compensación del patrimonio cuando se han ejecutado obras, prestado servicios o suministrado bienes sin existir contrato, no es la apropiada, pues la buena fe que debe orientar todo el proceso contractual, debe ser la objetiva y no la subjetiva. Señaló que en los contratos administrativos opera la buena objetiva, pues lo relevante no es el convencimiento del sujeto de estar actuando correctamente sino “...su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección” (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, p. 44), precisó así que esta exigencia funciona como una

garantía para 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 ...” (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, p. 44)

Para respaldar el anterior argumento acudió a lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio y al artículo 1603 del Código Civil, los cuales prevén respectivamente 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.”; “ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.” A la par, afirmó que admitir la buena fe subjetiva en la relación contractual, implica hacer prevalecer el interés individual sobre el interés general que encierra el mandato imperativo de la ley, y a su vez, desconoce el deber insoslayable de cumplir la ley.

En consecuencia de lo anterior, limitó al alcance de la *actio in re verso* y estableció que el enriquecimiento sin causa puede invocarse de manera excepcional y por razones de interés público o general, cuando no exista contrato, entre otros, en los siguientes eventos:

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

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

selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo(...)

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 4° de la Ley 80 de 1993. ...(Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, p. 44)

Desde la anterior perspectiva, se advierte que inicialmente la procedencia de la *actio in rem verso* y el reconocimiento del enriquecimiento sin causa quedó reducido a tres posibilidades de carácter excepcional: i) cuando se presenta constreñimiento al contratista; ii) en los eventos de afectación a la salud; iii) cuando debiéndose declarar la urgencia manifiesta, esta no se declara. Sucesos estos que se aceptan en procura del interés general, y en los tan sólo se puede buscar una compensación sin procurar el pago de utilidades o frutos civiles, asuntos que escapan a la esencia de la mencionada acción.

En cuanto a la autonomía de la *actio in rem verso*, precisó que existen dos tesis, una que niega su procedencia por la vía de la reparación directa, pues argumentan su condición de acción autónoma de carácter compensatoria y no indemnizatoria; y otra que afirma que el camino procesal apropiado es la de la reparación directa, pues a través de ella se puede pretender la reparación del daño derivado del enriquecimiento sin causa por un hecho de la administración.

En lo atinente, indicó que la autonomía de la *actio de in rem verso* se encuentra en el hecho de que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y, por lo tanto, carece de la correspondiente acción que le daría la justa causa si esta existiere; por ello, para su configuración se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, al amparo de los cuales se formule la pretensión de compensación. Explicó así, que dicha pretensión se debe proponer y tramitar a través de la acción de reparación directa, pues cuando se incurre en uno de los eventos identificados, se está frente a un hecho de la administración que genera

un daño, pero al tener en cuenta que su fundamento es un enriquecimiento sin causa, la compensación sólo puede ir hasta el monto del enriquecimiento.

Es decir, el Consejo de Estado aceptó que el empobrecimiento del contratista en su acepción general es un daño, pero al causarse por un enriquecimiento sin causa, le otorga una naturaleza especial, pues el mismo sólo altera la equidad patrimonial sin perturbar otros ámbitos del afectado, situación por la cual solo procede la compensación. En este sentido concluyó que, la *actio in rem verso* es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento sin causa y no una acción propiamente autónoma e independiente, pues su autonomía es de carácter sustancial (en cuanto a la naturaleza de la pretensión) y no procedimental. Finalmente, advirtió que al tramitarse por la vía procesal de la reparación directa, lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad, también se rigen por los de ésta.

La teoría expuesta está vigente, en el 2018 el Consejo Estado negó la aplicación del enriquecimiento sin causa en dos casos en los que particulares prestaron servicios sin que existiera contrato (Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2018. Exp. 37610; Consejo de Estado, Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad. 76001-23-31-000-2011-01141-01) En uno de ellos, al abordar el estudio de una accionante que prestó sus servicios profesionales en una entidad, iteró que el reconocimiento de la compensación procede excepcionalmente en casos precisos, y con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin justa causa como fuente de obligaciones, en virtud del principio de la buena fe y siempre que se cumplan con elementos que la configuran (Consejo de Estado, Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad. 76001-23-31-000-2011-01141-01).

Procedencia excepcional de la *actio in rem verso*

Se considera que la posición adoptada por el Consejo de Estado hace nula la teoría del enriquecimiento sin causa y la eficacia de la *actio in rem verso* en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues al establecer su procedencia excepcional quedó excesivamente limitada. Además, la argumentación que empleó para sustentar su teoría incurrió en los siguientes desaciertos: i) desconoce el principio y mandato constitucional de

la buena fe² que debe guiar las relaciones entre la administración y los particulares, estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política; ii) se fundamentó en una postura utilitarista de la prevalencia del interés general, y no desde el concepto de equidad, elemento propio del enriquecimiento sin causa; iii) avaló que daños antijurídicos que se derivan de situaciones arbitrarias de abuso de poder que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se tramiten por la *actio in rem verso* pretendiendo tan solo la compensación del patrimonio y no la reparación integral.

En este orden de ideas se aborda a continuación el estudio de situaciones descritas.

La buena fe y la confianza legítima de los particulares en la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal

No se comparte la exigencia de una buena fe objetiva, y menos, cuando el significado que se le otorga la limita al acatamiento de las normas que regulan las relaciones contractuales y se elimina cualquier aspecto subjetivo de valoración de la creencia y convencimiento del contratista. Para el Consejo de Estado, el convencimiento o la creencia de estar actuando conforme a derecho, no resulta válida, pues ante un enriquecimiento sin causa, lo realmente importante es que la conducta de la persona afectada esté “ajustada al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, esto es, la buena fe objetiva” (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, p. 44); se considera que esta situación desconoce la presunción del principio de buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política la cual no distingue entre buena fe objetiva y subjetiva.

En lo tocante, Díaz (2012) en el salvamento de voto que efectuó a la Sentencia de Unificación No. 24.897, señaló que la interpretación realizada por el Consejo de Estado modificó el alcance del principio de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política y restringió su aplicación:

²Sobre el alcance de la buena fe como un Principio General de Derecho, en el marco de un Estado Social de Derecho, consultar Ospina, R. (2010)

Cabe acá enfatizar que la distinción entre buena fe objetiva y buena subjetiva resulta, desde el punto de vista conceptual, problemática y discutible en el sentido de que quien obra de buena fe lo hace, precisamente, con la absoluta conciencia de haberse comportado leal y honradamente (buena fe subjetiva) al paso que con el total convencimiento de haber respetado la legalidad (buena fe objetiva). Puestas de esta manera las cosas, siempre habría un resquicio de subjetividad imposible de descartar tanto en uno como en otro caso; de lo contrario, la figura prevista en el artículo 83 superior sería inoperante en un sinnúmero de supuestos respecto de los cuales siempre tendría que operar el principio contrario, esto es, la presunción de mala fe. (Díaz, 2012, p. 61)

Se advierte que, con la postura del Consejo de Estado, la buena fe subjetiva quedó proscrita del proceso contractual, luego entonces, su presunción que debería ser controvertida en cada caso concreto en sede jurisdiccional en el marco de un proceso contencioso administrativo, se desvirtuó de manera general y automática en la referida jurisprudencia. Igualmente, que se desconoció el principio de confianza legítima, y a partir de la exigencia de una buena fe objetiva y bajo el argumento de la prevalencia del interés general, se trasladó de manera exclusiva a los particulares el deber de garantizar la legalidad de los procedimientos que deben cumplir las autoridades públicas en la celebración de contratos estatales, medida que resulta desproporcionada, toda vez que se da prevalencia al principio de legalidad y se castiga al particular a quien de manera exclusiva se le impone la carga de hacer respetar las normas para la creación y el perfeccionamiento de los contratos, lo cual desconoce que los servidores públicos tienen dicho deber.

Al respecto, Gil (2013) indicó que si bien, todos, tanto autoridades como particulares, deben respetar el ordenamiento jurídico, dicha previsión no atribuye a los particulares la obligación de ser garantes de la legalidad de los procedimientos que le corresponden seguir a las autoridades para el perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal, por lo que esta situación pone al particular en una relación de sujeción especial, pues se le asigna un deber jurídico inexistente. Además, se observa que la teoría expuesta por el Consejo Estado no abordó el estudio del principio de la buena fe desde una perspectiva constitucional,

pues su análisis se limitó a una interpretación legal, olvidando que éste se armoniza con otros principios fundamentales como la presunción de inocencia, la cual a su vez es una garantía constitutiva del debido proceso. En efecto, sobre el alcance de la buena fe, la Corte Constitucional señaló que es un principio orientador del sistema jurídico el cual exige conductas leales y honestas entre los ciudadanos y la administración para construir relaciones basadas en la confianza:

51. En este sentido, la buena fe es un valor que se fundamenta en imperativos sociales como la verdad, la honestidad y la credibilidad, que soportan la palabra empeñada y que se presumen en todas las actuaciones de las personas, constituyéndose en pilar esencial del sistema jurídico. (Corte Constitucional, Sentencia T- 268 de 2018, p. 13)

Asimismo, en la Sentencia T-209 de 2006, al estudiar la garantía del debido proceso en la modalidad del respeto al principio de buena fe, en el escenario de la contratación estatal, indicó que el derecho fundamental al debido proceso comprende no sólo las garantías del artículo 29 de la Constitución Política, también encierra otros valores y principios constitucionales que permiten la vigencia de un orden justo, como la buena fe. En esta oportunidad reiteró lo afirmado en la Sentencia C-892 de 2001:

En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho^[3] a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas. (Corte Constitucional, Sentencia T 209 de 2006, p.14)

Señaló así que, la buena fe al tener fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público pues establece límites al poder del Estado, evita el ejercicio arbitrario de sus competencias públicas, y humaniza las relaciones entre los particulares y la administración. Por lo tanto, se considera que, en el escenario de las relaciones contractuales al valorar la conducta del particular empobrecido por el traslado patrimonial sin causa a favor de la administración, no es aceptable partir de la calificación malintencionada de su conducta, pues esta situación no resulta admisible en un Estado

Social de Derecho en el que el Estado debe procurar por la materialización de los derechos de los individuos y las garantías públicas (Montañez, 2011).

En este orden de ideas, se colige que en el escenario expuesto no es admisible exigir un culto estricto al cumplimiento de las normas contractuales, basta con aplicar la buena fe constitucional, y estudiar la situación fáctica y jurídica del caso en particular, para identificar si al demandante le corresponde la compensación, aun cuando no haya acatado el ordenamiento jurídico contractual o, si por el contrario, su conducta infringe tan toscamente dichas normas, que de su comportamiento se deriva el traslado patrimonial. Lo anterior toda vez que, no resulta admisible que la administración pública se beneficie de una situación ilegal que surgió de su propia conducta, en tanto el particular deba asumir el desequilibrio patrimonial; aceptar dicha perspectiva, es volver al concepto de la prevalencia del interés estatal sin atender los derechos de los particulares.

Se precisa entonces que, al no reconocer el enriquecimiento sin causa y en consecuencia, la compensación al afectado, para corregir la situación de inequidad surgida, es la sanción que se le impone a éste al presumir su mala fe; y a la par con dicha situación, se consiente en el enriquecimiento de la entidad y en el correlativo empobrecimiento del particular, lo que desconoce además, el derecho del acceso a la administración de justicia y la existencia de un orden justo, fines propios del Estado Social (Clavijo y Agudelo 2016). Ahora, si bien se puede alegar que el particular participó en la situación que generó su empobrecimiento, no se puede ignorar que el primer obligado a respetar las normas contractuales es el mismo Estado, razón por la cual, si la administración autoriza o impela a una persona a prestar un servicio o ejecutar una obra sin que exista contrato, tiene la obligación de compensar el traslado injustificado del patrimonio. Resulta contrario al Estado Social de Derecho llevar a extremos inaceptables el formalismo y cumplimiento de la normatividad a la que están sujetas las partes de la relación contractual, como justificación para no compensar la inequidad causada a la persona empobrecida, dentro del escenario de la buena fe exigible a un particular.

Lo contrario, es decir, favorecer el enriquecimiento de la administración quien también desconoció las normas contractuales, las que además tiene el deber de cumplir, es retroceder a la etapa de irresponsabilidad absoluta del Estado en la que los particulares no tenían mecanismos para la protección de sus patrimonios frente a los daños que la administración les ocasionara, pensamiento característico de la concepción de la soberanía como poder absoluto, el cual se da en un modelo estatocéntrico en el que cosifica las personas al servicio del Estado (Agudelo y Calderón, 2016). Si bien, en la nueva postura no se llega a dicha extremo, si a una muy semejante, pues bajo el argumento de la protección del interés general se desconoce elementos mínimos de equidad.

Es preciso recordar que, desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional reconceptualizó el significado de la expresión interés general, la cual limitó al respeto de los elementos indispensables para la realización de la dignidad humana (Gutiérrez, 2013). Advirtió así que, la norma que establece la prevalencia del interés general no debe interpretarse de tal manera que justifique la vulneración de los derechos fundamentales de uno o pocos individuos en beneficio de interés de todos, pues en dicha prohibición se encuentran los grandes logros de la democracia y la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo:

El individuo es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de un individuo. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado. (Corte Constitucional, Sentencia C- 546 de 1992, p. 37)

Se trata entonces de dar aplicación a la cláusula constitucional de la buena fe, mediante la valoración del comportamiento del empobrecido en aquellas situaciones en las cuales la confianza y la aceptación de la administración, induce a la ejecución de una obra, prestación de servicio o suministro de un bien sin que exista o se perfeccione el contrato estatal, pues en dicho caso se estaría configurando un empobrecimiento para el ciudadano y un consecuencial enriquecimiento para la entidad, no avalado por el ordenamiento jurídico.

Causales de procedencia de la actio de in rem verso cuando no existe contrato

La procedencia excepcional de la *actio in rem verso*, considerada como una pretensión restitutoria de un enriquecimiento sin causa, en los eventos de ejecución de una obra, prestación de un servicio o entrega de un bien sin la existencia de un contrato, niega la aplicación generalizada de la teoría en la contratación estatal, y la limita a los casos previstos en la Sentencia de Unificación No. 24.897(Blanco, 2017). Se impone como regla general, la imposibilidad de reconocer con la figura de la *actio in rem verso* el enriquecimiento sin causa, cuando no se cumple con uno de los requisitos de configuración: que la conducta de las partes no infrinja ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aun cuando en la sentencia de unificación, se establecieron tres eventos excepcionales de procedencia; de acuerdo con su redacción, es preciso advertir que estos casos son enunciativos mas no taxativos ni excluyentes de otras posibilidades semejantes que se llegaren a presentar. En efecto, se observa que el Consejo de Estado antes de exponer la casuística señaló que “entre otros”, la teoría procede: i) cuando se presenta constreñimiento al contratista; ii) en los eventos de afectación a la salud; iii) cuando debiéndose declarar la urgencia manifiesta, esta no se declara.

Además, en la jurisprudencia del año 2016, el Consejo de Estado manifestó que los casos expuestos no excluyen otras posibilidades semejantes a las enunciadas por la sentencia de unificación, y en las que si se prestó el servicio, entregó el bien o la obra, es conducente reconocer la compensación del patrimonio, porque si bien en dichos eventos se autoriza el pago a quien ha infringido la ley, ello se hace por razones comprensibles por el derecho, es decir las compensaciones se justifican por las siguientes razones: en el caso de constreñimiento al contratista, por la situación de indefensión en la que éste se encuentra frente al Estado; en la afectación a la salud, por el deber de proteger la salud y la vida; y en eventos de urgencia manifiesta, por la necesidad de evitar un daño mayor.(Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2016, Exp. 37492)

Se advierte entonces que, en los casos segundo y tercero, se aplica un utilitarismo social del derecho (Ross, 1997), pues se justifica el restablecimiento del patrimonio, no desde la perspectiva de la inequidad causada a la persona afectada sino porque sus acciones (prestación del servicio, ejecución de la obra o entrega del bien) resultaron benéficas para “ el bienestar general”, esto es, la situación es valorada acorde con la utilidad que representó más no desde el concepto de equidad en el que se debe fundamentar la decisión de equilibrar el patrimonio. Entonces, sólo porque sus actuaciones mostraron mayor utilidad que no haberlas realizado, resulta razonable equilibrar el patrimonio de la persona afectada.

Y respecto al primer evento, se advierte que para configurar dicha hipótesis, es necesario que no haya voluntad de la parte afectada sino que esta hubiere actuado de manera constreñida, suceso en el cual no resulta aceptable invocar el enriquecimiento sin causa, pues lo que se configura es una responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una conducta arbitraria de una autoridad pública que causa un daño antijurídico, el cual debe ser plenamente indemnizado a la luz de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política; el escenario propuesto es totalmente diferente, y no se puede equiparar al que se presenta cuando un particular de buena fe y con la debida confianza legítima derivada de la conducta de la administración ejecuta obras, entrega bienes o presta servicios a una entidad sin la existencia de un contrato, pues aquí media la voluntad del contratista. En consecuencia, se considera que en esta hipótesis debe proceder el medio de control de reparación directa, por cuanto pretender que la persona afectada sólo sea compensada es desconocer el principio de reparación integral de daño antijurídico³.

De lo expuesto se concluye que, las hipótesis indicadas en el referido pronunciamiento del año 2012, no se formularon desde la pretensión de equidad,⁴ elemento propio de la teoría del enriquecimiento sin causa; por lo tanto, dicha casuística desconoce el estrecho vínculo que existe entre este principio general del derecho y las reglas de la moral, pues su objetivo es corregir los desplazamientos patrimoniales injustos, es decir su finalidad,

³ Sobre la reparación integral del daño, consultar Rousset, A. (2011).

⁴ Sobre el concepto de equidad como instrumento en la idea de justicia y la pretensión de orden social equitativo, empleado para llenar vacíos legislativos en el ordenamiento jurídico colombiano, consultar Blasco, J.(2011)

en últimas, se halla encaminada a la prevalencia de una regla moral (Useche, 2014). Así lo advirtió Díaz (2012) en el salvamento de voto, en donde señaló que la configuración de dichas hipótesis no tienen relación con el desequilibrio y la inequidad propios de un enriquecimiento sin causa; indicó que los supuestos establecidos son asuntos en los que la falla del servicio (para el primer caso) o la ley (para el segundo y tercer caso) son la fuente de la obligación. Merece especial atención lo manifestado respecto a la primera causal, en donde advirtió que no se está frente a un traslado patrimonial ausente de motivo que enriquece a una de las partes y empobrece a la otra, sino que se configura una falla del servicio que puede terminar en una conducta sancionable por la legislación penal.

Se considera que al formularse la casuística se olvidó: i) que el objeto de la *actio in rem verso* es restablecer el equilibrio del patrimonio afectado por un enriquecimiento sin causa, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo; ii) y que su estudio aborda fenómenos inequitativos más no la reparación de daños. Si bien, como lo adujo Díaz (2012) en el enriquecimiento sin causa, el daño se presenta en su concepción genérica, su propósito es el de restablecer la equidad, por lo que sus efectos son meramente correctivos. Sin duda, esta situación provoca que se confundan los fines de la reparación directa con el propósito de la *actio in rem verso*, y las situaciones en las que se debe aplicar cada una, lo que en últimas termina con la restricción de la teoría del enriquecimiento sin causa, tal como acontece en la actualidad.

Finalmente, al tener en cuenta que el Consejo de Estado emitió los casos de procedencia excepcional de manera enunciativa, se advierte que conservó la facultad de identificar más supuestos, por lo que la procedencia del *actio in rem verso*, es una teoría que está en permanente construcción; sin embargo, desde el año 2012 a la fecha, no se ha avanzado en la identificación de nuevos eventos, de lo que colige que mantiene una postura restrictiva frente al reconocimiento del enriquecimiento sin causa y a la procedencia de la *actio in rem verso*.

Conclusiones

La postura del Consejo de Estado restringe la teoría del enriquecimiento sin causa y la eficacia de la *actio in rem verso* en la jurisdicción contenciosa administrativa, y desconoce los principios constitucionales de la buena fe y la confianza legítima, pues a partir de la exigencia de una buena fe objetiva y bajo el argumento de la prevalencia del interés general, sanciona al particular empobrecido a quien le impone la carga de garantizar el cumplimiento de las normas para la creación, perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales, deber este que le es inherente a la entidad; dicha situación es desproporcionada pues le da primacía absoluta al principio de legalidad.

La argumentación que el Consejo de Estado empleó para sustentar la procedencia excepcional de la *actio in rem verso*, cuando el particular presta el servicio, ejecuta la obra o suministra bienes sin que exista contrato, en los eventos de afectación a la salud y cuando debiéndose declarar la urgencia manifiesta, esta no se declara, se fundamenta en una postura utilitarista de la prevalencia del bienestar general, y no desde el concepto de equidad que debe fundamentar la decisión de equilibrar el patrimonio. En efecto, se justifica el restablecimiento del patrimonio no desde la perspectiva de la inequidad causada a la persona empobrecida sino porque sus acciones resultaron benéficas para “el interés general”, es decir, bajo el entendido de que sus actuaciones mostraron mayor utilidad que no haberlas realizado, resulta razonable compensar a la persona afectada; situación que demuestra que la construcción de dicha teoría se efectúa por fuera de la naturaleza del enriquecimiento sin causa. Igual acontece, con la procedencia excepcional en el evento en el que el particular es constreñido por la administración, pues en esta circunstancia, se autoriza que daños antijurídicos derivados de un abuso de poder que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se tramiten por la *actio in rem verso* pretendiendo tan solo la compensación del patrimonio y no la reparación integral.

Al estudiar el enriquecimiento sin causa, le corresponde al juez en cada caso concreto, analizar desde el principio constitucional de la buena fe que debe guiar las relaciones entre la administración y los particulares, la situación fáctica y jurídica en la que

se halla la persona afectada frente a la administración, con el fin de establecer si aquél merece la compensación por la labor ejecutada, el servicio prestado o el bien entregado sin la existencia del contrato, aun cuando no haya acatado el ordenamiento jurídico contractual o si por el contrario su buena fe se desvirtúa y su conducta infringe tan grotescamente dichas normas que de su comportamiento se deriva el traslado patrimonial. Lo anterior por cuanto no es admisible que la administración se beneficie de una situación ilegal que surgió de su propia conducta, en tanto el particular deba asumir el desequilibrio patrimonial; aceptar dicha situación, es retroceder a la etapa de irresponsabilidad absoluta del Estado en la que los particulares no tenían mecanismos para la protección de sus patrimonios frente a los daños que la administración les ocasionara, pensamiento característico de la concepción de la soberanía como poder absoluto, el cual se da en un modelo estatocéntrico en el que cosifica las personas al servicio del Estado.

Referencias

Agudelo, S. y Calderón, M. (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos de reforma constitucional. En *Justicia*, 29, 99-118. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/776>

Blanco, J. (2017). *Una mirada al principio de la buena fe, como requisito necesario en la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del estado, en los contratos de obra pública*. Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10737/julian%20Blanco-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Blasco, J. (2011). La Equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial. *Revista de Derecho*, 1(1). Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2430/1580>

Bohórquez, Y. (2017). *El enriquecimiento sin causa en el derecho civil y administrativo: origen y evolución de la actio in rem verso*. Universidad Sergio Arboleda.

Cabra, C. (2014). La autonomía de la actio de in rem verso vs la pretensión contenciosa administrativa de reparación directa para alegar el enriquecimiento sin

causa (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/40953/1/46670192.2014.pdf>

Castro, N. (2018). Alcance del principio iura novit curia en la responsabilidad del Estado colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 169-188. Recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4270/4047>

Clavijo, D. y Agudelo, S. (2016). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Academia & Derecho*, (9), 183-208. Recuperado de <file:///D:/Informacion/Downloads/14-50-1-PB.pdf>

Cely, Leon. (2018). Análisis económico del enriquecimiento sin causa: un acercamiento al Derecho Civil y al Derecho Administrativo. *Con-texto*, (48), 83-101. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/5290/6474>

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de julio de 1990. Exp. 5579. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1991. Exp. 6306. C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1992. Exp. 6822. C.P. Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 1996. Exp. 9409, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Exp. 25662. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15469.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007. Exp. 14669. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. 35026, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de 2012. Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Exp. 37492, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. Exp. 37610, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Corte Constitucional. Sentencia C- 546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T- 268 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

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

Díaz, del C. (2012). Salvamento de Voto. Sentencia del 19 de 2012. Exp. 24897.

Arias, J. (2013). El enriquecimiento sin causa y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal. *Jurídicas CUC*, 9 (1), 143-181. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4919271>

Gil, B. (2013). Aclaración de voto. Sentencia No. **19045** del 30 de enero de 2013.

Gutiérrez, Y. (2013). La Dignidad Humana Como Valor, Principio Y Derecho En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Criterios*, 6(2), 81-130. Recuperado de <file:///D:/Informacion/Downloads/2006-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4401-1-10-20151103.pdf>

Montañez, J. (2011). Estado social de derecho y derechos sociales fundamentales. *Academia & Derecho*, (2), 17-25. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2377/1825>

Ospina, R. (2010). Principio de la buena fe y responsabilidad de la administración pública. *Estudios de Derecho*, 67(149), 189-216. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/8634/7968>

Useche, P. (2014). El enriquecimiento sin causa y la responsabilidad estatal en Colombia. Universidad Santo Tomás. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2528/Usechejaime2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba,

Rousset, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (1). Recuperado de <http://revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/6/4>