**PROSCRIPCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO A EXPENSAS DE OTRO: ¿PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO O REGLA JURISPRUDENCIAL DE REMOTA APLICACIÓN? UNA PREGUNTA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO, DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2012 (EXPEDIENTE 24897)**

Cristian Andrés Díaz Díez[[1]](#footnote-1)

**Antecedentes**

El 19 de noviembre de 2012 la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, «en materia de enriquecimiento sin causa y de *actio de in rem verso*»[[2]](#footnote-2), buscando limitar significativamente el ámbito de procedencia de la compensación por enriquecimiento injustificado en la actividad contractual de las entidades estatales. Con motivo de este fallo, ha surgido en la práctica la inquietud de si la proscripción del enriquecimiento injustificado a expensas de otro se ha convertido en una *regla* *jurisprudencial* de carácter restrictivo, y, por tanto, de remota procedencia. Contrario a lo que hoy sucede, antes del fallo de unificación aquel postulado era concebido en el ordenamiento jurídico colombiano como un *principio* *general del Derecho*, que los operadores jurídicos podían interpretar y aplicar en cada caso concreto, según la valoración de las circunstancias acreditadas, conforme al artículo 831 del Código de Comercio, disposición que consagra, expresamente, dicho principio, al establecer que «[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro».

Los antecedentes de la sentencia se resumen así: el 10 de marzo de 2003 el Tribunal Administrativo del Tolima condenó al Municipio de Melgar a pagar a un ciudadano la suma de $172.531.311,80, a título de enriquecimiento injustificado, pese a que las actividades ejecutadas por este en favor del Municipio no estaban soportadas en un contrato debidamente perfeccionado entre las partes. Sin embargo, el demandante afirmaba que había ejecutado una serie de obras de pavimentación vial, con fundamento en tres contratos verbales, celebrados con el fin de adicionar un contrato de obra pública previo, pero omitiendo las formalidades previstas para la suscripción de adiciones contractuales en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A pesar del intento de conciliación, la fórmula de arreglo presentada por el Municipio de Melgar, para reconocerle al contratista las obras adicionales ejecutadas, no fue aprobada por el Tribunal Administrativo del Tolima, porque no había prueba de los precios y tampoco se evidenciaba por escrito la existencia de los contratos adicionales.

**Contenido de la sentencia de unificación jurisprudencial**

Luego de efectuar un recuento acerca del origen y la evolución de la *actio de in rem verso*, así como del tratamiento jurisprudencial que la Sección Tercera venía otorgando a las solicitudes de pago de las actividades ejecutadas a favor de una entidad estatal, sin que mediara contrato alguno, y tras determinar cuál es el medio de control pertinente para canalizar esta pretensión (el de reparación directa), el Consejo de Estado procede a unificar su jurisprudencia sobre la materia.

El Máximo Tribunal expresa que aunque la prohibición de enriquecimiento injustificado es un principio general del Derecho, según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, la *actio de in rem verso*, por regla general, no puede invocarse «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». Lo anterior, por cuanto, según indica la Sala Plena de la Sección Tercera, los contratos estatales, a la luz de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, son solemnes, ya que para su perfeccionamiento deben constar por escrito, salvo algunos eventos de urgencia manifiesta, en los que se admite que el contrato sea consensual (art. 41, inciso 4º, Ley 80 de 1993). En tal sentido, afirma que como la solemnidad del escrito es, por regla general, un requisito constitutivo para el perfeccionamiento del contrato estatal, aquel se torna indisponible e inderogable por quienes intervengan en la contratación estatal, para solicitar el pago de actividades ejecutadas sin contrato perfeccionado o al margen de este.

El Consejo de Estado señala que ni siquiera puede invocarse la buena fe para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso,* como escenario procesal idóneo para obtener el reconocimiento y pago de las actividades ejecutadas al margen de un contrato debidamente perfeccionado, porque «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 esta lógica, comenta que en materia contractual las partes deben actuar según los postulados de la buena fe objetiva, que es el «efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección», y no guiados, simplemente, por una buena fe subjetiva, que consiste en un «estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho». De acuerdo con lo anterior, agrega que la buena fe objetiva exige que se cumplan las normas imperativas, y dentro de ellas, con las solemnidades que requieren los contratos estatales para su perfeccionamiento. Por tanto, recalca que en el ámbito contractual no basta la creencia subjetiva de estar actuando conforme a Derecho, sino que esta se debe traducir, efectivamente, en un comportamiento respetuoso del ordenamiento jurídico, pues el error de Derecho, en los términos del artículo 768 del Código Civil, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Con fundamento en lo anterior, la sentencia de unificación jurisprudencial sostiene 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».

Sin embargo, indica que podrían presentarse, por lo menos, tres eventos en los cuales resultaría procedente la *actio de in rem verso*, para solicitar el pago de actividades ejecutadas sin contrato perfeccionado o al margen de este, pero que se trata de casos excepcionales, que deben, por tanto, interpretarse restrictivamente. En sus propias palabras, plantea:

*«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:*

1. *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
2. *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
3. *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»* (cita original con resaltos).

**Reflexiones a partir del fallo**

Como se observa, mediante esta sentencia de unificación jurisprudencial la Sección Tercera del Consejo de Estado restringió las circunstancias de procedencia de la *actio de in rem verso* para obtener el pago de prestaciones ejecutadas al margen de un contrato debidamente perfeccionado o sin que este exista, mencionando tres hipótesis en las cuales dicha vía se torna idónea, a pesar de constituir excepciones a la regla de la solemnidad de los contratos estatales.

Ahora bien, de la lectura del fallo surgen una serie de comentarios e interrogantes, sobre la interpretación que el Consejo de Estado otorgó al principio general de la prohibición del enriquecimiento injustificado a expensas de otro.

Resulta cuestionable que mediante una sentencia de unificación jurisprudencial se pretenda imponer una interpretación uniforme de un principio general del Derecho, con carácter restrictivo, es decir, con la finalidad de limitar en grado sumo su aplicación, pues los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, se caracterizan por tener una zona de penumbra o de indeterminación, que no es legítimo reducir mediante una regla elaborada jurisprudencialmente, con la aspiración de convertirlos en enunciados aplicables de manera silogística.

La prohibición de enriquecimiento injustificado es un principio rector del tráfico comercial, que protege a quien resulta empobrecido a causa del correlativo aumento patrimonial de otro. Así, entonces, al condicionarse la aplicación de este principio a los supuestos de interpretación restrictiva que, según el Consejo de Estado, son excepciones permitidas a la regla de la solemnidad de los contratos estatales, lo que antes se encontraba proscrito parece convertirse en la regla general, esto es, que las entidades estatales pueden enriquecerse a expensas del contratista, si este no acredita las hipótesis enunciadas en la sentencia de unificación jurisprudencial. Sin embargo, no consulta la equidad que, además de que se limiten los eventos de procedencia de la *actio de in rem verso*, como vía para el pago de las actividades ejecutadas al margen de un contrato escrito, se imponga al contratista la carga de probar de manera fehaciente una orden emitida por la entidad, pues el cumplimiento de las solemnidades contractuales es una carga de ambas partes y no solo del particular afectado. De igual modo, conviene preguntarse, ¿resulta legítimo que por vía jurisprudencial se convierta en regla de aplicación subsuntiva un principio general que el legislador no había restringido en el artículo 831 del Código de Comercio?

Tampoco se comprende, desde el punto de vista lógico, la línea argumentativa del Consejo de Estado, pues primero afirma que la *actio de in rem verso* no procede cuando el particular se aparta del postulado de la buena fe objetiva, consistiendo esta en el respeto de la solemnidad del contrato estatal, salvo los eventos de urgencia manifiesta contemplados en el artículo 41, inciso 4º, de la Ley 80 de 1993, y luego dice que hay otros supuestos en los cuales se justifica dicha acción, que no se enmarcan en la buena fe objetiva, sino en la subjetiva, pues en estos el particular actúa al margen de un contrato estatal perfeccionado, sin que estos supuestos estén, expresamente, permitidas por las normas imperativas a las que alude el fallo.

En efecto, no se encuentra dentro de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ninguna que avale prescindir de la solemnidad del escrito que debe revestir el contrato estatal, cuando se acredite, de manera fehaciente, un constreñimiento de la entidad o cuando se deba garantizar el derecho a la salud o en los casos de urgencia manifiesta que no están exceptuados por el artículo 41, inciso 4º, de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, también la Sala Plena de la Sección Tercera admite que para proteger el principio de la prohibición del enriquecimiento injustificado es necesario matizar la regla de la solemnidad del contrato estatal. Ello demuestra que no es posible circunscribir la efectividad de la proscripción del enriquecimiento injustificado al respeto de los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, consagrados en la Ley 80 de 1993, pues, de lo contrario, se trataría de un postulado totalmente inoperante. Sin embargo, resulta contradictorio que se afirme 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», pero se admitan hipótesis en las que tampoco se cumplen los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal. La pregunta consecuente es ¿por qué el Consejo de Estado restringe a tales hipótesis la procedencia de la *actio de in rem verso*, entre otros eventos, si tampoco ellos están consagrados como excepciones dentro de las normas imperativas? Es más, ¿por qué la garantía del derecho a la salud justifica prescindir de la solemnidad del escrito en materia contractual, y no otros derechos constitucionales, cuando las circunstancias lo ameriten?

Por otro lado, la sentencia de unificación jurisprudencial también rompe su coherencia argumentativa cuando, antes de señalar las tres hipótesis de interpretación restrictiva, para la procedencia de la *actio de in rem verso,* con miras a la compensación por enriquecimiento injustificado, indica en el encabezado que, *entre otros*, son estos los eventos en los cuales puede obtenerse el pago de las obras ejecutados, servicios o bienes suministrados al margen de un contrato debidamente perfeccionado. En efecto, según el fallo, «[e]sos 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 (…)», y a renglón seguido enuncia las tres hipótesis. Lo que se desprende de la lectura, y debe ser esta la postura hermenéutica más adecuada, es que la procedencia de la *actio de in rem verso* no puede restringirse a las tres hipótesis señaladas, pues al ser la proscripción del enriquecimiento injustificado un principio general del Derecho, es en cada caso concreto donde debe hacerse el juicio de ponderación entre la regla de la solemnidad del contrato estatal y los valores que inspiran la imposibilidad de enriquecerse a expensas de otro.

Además, no se olvide que así como los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 establecen que el contrato estatal debe constar por escrito, el artículo 831 del Código de Comercio dispone que «[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro» y además el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que «[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley». Por tanto, como lo que el artículo 831 del Código de Comercio regula no es la forma, ni el perfeccionamiento del contrato estatal, sino el principio de la prohibición de enriquecimiento injustificado, se trata de una norma de aplicación directa en materia contractual, cuya eficacia el Consejo de Estado no puede condicionar al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, ni a las tres hipótesis enunciadas, que tampoco tienen fundamento legal.

A pesar de que una lectura desprevenida podría dar a entender que son claros los tres eventos de interpretación restrictiva en los que procedería la *actio de in rem verso,* para lograr la compensación por enriquecimiento injustificado a expensas del contratista, si se analizan detenidamente, surgen dudas que ponen en evidencia el horizonte de complejidad con el que ahora se encuentra el juez contencioso administrativo, al momento de estudiar la posibilidad de compensar a quien se ha visto injustamente empobrecido, por la ejecución de prestaciones a favor de una entidad estatal, sin el respaldo de un contrato debidamente perfeccionado.

Así, por ejemplo, y ubicándonos en el primer supuesto, ¿de qué manera puede acreditarse fehacientemente que «fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo»? ¿Tiene que mediar una orden expresa que amenace al contratista con la imposición de una sanción o con algún otro gravamen, si no ejecuta las actividades extras o adicionales que la entidad requiere, aunque no estén contempladas en un contrato perfeccionado? o ¿basta con que la entidad haya permitido que el contratista ejecutara dichas actividades, pudiendo asimilarse esta anuencia tácita a una constricción o imposición? Y supóngase que la orden quede acreditada; pero ¿cómo debe resolverse el asunto si se evidencia también que el contratista manifestó que aceptaba, quizá por temor, la solicitud de la entidad?; en tal evento ¿no estaría participando acaso o actuando con culpa? ¿No debería aplicarse en este último caso el artículo 1525 del Código Civil, que dispone que «[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas»?

Finalmente, quedan dudas sobre el ámbito de aplicación del fallo, pues la sentencia de unificación no precisa si los mismos tres supuestos de interpretación restrictiva deben ser verificados, en sede administrativa, por la entidad estatal, ante las reclamaciones de los contratistas, por medio de las cuales se solicita el pago de obras, servicios o suministros, extras o adicionales, pues en el procedimiento administrativo, por obvias razones, no se está en el escenario de la *actio de in rem verso*, que fue el mecanismo procesal que motivó la unificación jurisprudencial. Así pues, en principio no parece viable afirmar que cuando las entidades estatales estén convencidas de que han inducido, sin que medie orden, a un particular a ejecutar actividades no respaldadas en un contrato debidamente perfeccionado, estén exceptuadas de pagarle dichas prestaciones, bajo el argumento de que el Consejo de Estado ha restringido la procedencia de la compensación.

La dificultad del asunto reside en que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 obliga a las autoridades a aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, teniendo en cuenta «las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas». De ahí que exista incertidumbre acerca de si la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se alude deja o no por fuera del ámbito de interpretación restrictiva que menciona, eventos en los cuales no hay orden expresa previa, pero en los que la entidad reconoce que las actividades extras o adicionales fueron ejecutadas, siendo necesarias, e incluso admitidas con posterioridad. ¿Pueden o no ser reconocidas, por ejemplo, en la liquidación del contrato?

Asimismo, el fallo tampoco aclara –precisamente porque no se ocupó del tema–, si las condiciones para obtener el pago de actividades ejecutadas sin que medie contrato perfeccionado entre las partes, también aplican en los eventos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues así como la forma escrita y los demás requisitos de perfeccionamiento de este se encuentran contenidas en la Ley 80 de 1993, dicho estatuto también incluye una serie de disposiciones de orden público, que obligan a las partes a mantener la equivalencia de las prestaciones mutuas (art. 4, num. 4, art. 5º num 1, art. 14 num 1º y art. 28). En este orden de ideas, ¿puede la entidad o el juez garantizar el equilibrio económico del contrato, si el contratista ejecuta actividades extras o adicionales que le representan una afectación grave de la economía del contrato, sin aplicar los condicionamientos del Consejo de Estado previstos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012? La respuesta más plausible parece ser la afirmativa, pues en el fallo que se comenta el Consejo de Estado se ocupó de los requisitos de procedencia de la *actio de in rem verso* y no de las condiciones de posibilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por la ejecución de prestaciones extras o adicionales, que impliquen una afectación grave de la economía del contrato. Ello significa que no resulta válido pretender limitar la garantía de la ecuación contractual, como derecho de las partes, por la *ratio decidendi* de esta sentencia.

En conclusión, a pesar de que la sentencia de unificación jurisprudencial restringe la procedencia de la prohibición de enriquecimiento injustificado en el ámbito de la contratación estatal sometido a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007, no puede admitirse la postura de que se trate de una regla jurisprudencial de remota aplicación, es decir aceptarse una desnaturalización de este principio, pues el artículo 831 del Código de Comercio no contempla ningún condicionamiento para su eficacia, sino que deja en manos de quien esté llamado a aplicar la norma la valoración de las circunstancias del caso, ponderando dicho postulado con otras reglas y principios previstos en el ordenamiento. El Consejo de Estado hace una estimación anticipada de dichas circunstancias y señala, entre otras, tres hipótesis que justifican exceptuar la regla de la solemnidad del contrato estatal, para compensar el empobrecimiento de quien ejecute actividades, sin un contrato escrito o al margen de este. Pero dicha sentencia no puede leerse como una regla pétrea y absoluta, que impida la vigencia de la proscripción de enriquecimiento injustificado a expensas de otro, en hipótesis diversas a las tres que el fallo enuncia.

1. Profesor de Derecho administrativo. Subdirector Académico del Centro de Estudios de Derecho administrativo (CEDA). [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Actor: Manuel Ricardo Pérez Posada. Demandado: Municipio de Melgar. [↑](#footnote-ref-2)