

DIARIO OFICIAL 49441

Bogotá, Lunes 2 de Marzo de 2015

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

CIRCULAR EXTERNA NÚMERO 06 DE 2015

(febrero 19)

Para: Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores, Gerentes, Jefes de Oficina Jurídica, Secretarios Generales, Secretarios de los Comités de Conciliación y apoderados de las entidades públicas del orden nacional.

De: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Asunto: Lineamientos jurisprudenciales en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado por la ejecución de prestaciones sin contrato. Principio de Enriquecimiento sin Justa Causa

Ciudad y fecha: Bogotá D. C., 19 de febrero de 2015

1. COMPETENCIA Y ALCANCE

1.1. La Ley 1444 de 2011, desarrollada por el Decreto-ley 4085 de 2011, estableció las competencias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en materia de defensa judicial, prevención de conductas antijurídicas y del daño antijurídico.

En este marco de competencias, a la Agencia le corresponde expedir lineamientos dirigidos a objetivos específicos, identificados como resultado de los estudios analíticos que desarrolla, con la característica de que estos tienen carácter vinculante para las entidades públicas del orden nacional y sus abogados, conforme a lo ordenado por el inciso segundo del numeral 2 del artículo 6° del Decreto-ley 4085 de 2011.

1.2. En este marco de competencias la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expidió la Cartilla número 7 “*Responsabilidad patrimonial del Estado fundada en el principio de no enriquecimiento sin justa causa*”, por la cual presentó de manera descriptiva el tratamiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado al principio de no enriquecimiento sin justa causa en casos relacionados con la actividad contractual del Estado.

Esta Cartilla pretende aportar a la construcción de una estrategia temprana de defensa, bien dentro del contexto de una conciliación prejudicial, bien al interior de un proceso judicial.

1.3. A modo de resumen y complemento de la Cartilla número 7 a la cual se puede tener acceso en la dirección electrónica www.defensajuridica.gov.co se profiere la presente Circular en la cual se concreta, con carácter vinculante, la línea relativa a la aplicación del principio de *No Enriquecimiento sin Justa Causa*.

2. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES SIN CONTRATO. PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.

2.1 La figura del enriquecimiento sin justa causa ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del reconocimiento de hipótesis específicas que suelen ser las que con mayor frecuencia se presentan en la dinámica contractual del Estado: i. Prestaciones ejecutadas sin fundamento en un contrato previamente perfeccionado¹. ii. Prestaciones ejecutadas con posterioridad a la terminación del contrato ante la expectativa de la consiguiente celebración de un nuevo contrato². iii. Prestaciones que exceden el alcance del objeto contractual pactado³. iv. Prestaciones ejecutadas sin amparo contractual alguno⁴.

2.2 En términos de la sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24.897, la Sala Plena de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo unificó jurisprudencias respecto de las restricciones y condiciones de aplicabilidad del “Enriquecimiento Sin Justa Causa”, como principio fundante de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sobre el punto señaló que el principio del “*Enriquecimiento Sin Justa Causa*” **no es la regla general** a invocar para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados **sin la previa celebración de un contrato estatal**, comoquiera que, según el Consejo de Estado, esta figura requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda contrariar una norma imperativa.

El Consejo de Estado sostuvo que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público, imperativas y, por lo tanto, inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios, por lo cual todos los particulares y las entidades del Estado tienen el deber de acatar la exigencia legal de celebrar los contratos estatales por escrito, sin que sea admisible aducir la ignorancia de la ley como excusa para prescindir de este requisito de perfeccionamiento de los negocios jurídicos de esa índole.

2.3 Desde ese punto de vista la regla general es que los contratos estatales son solemnes, salvo excepción legal. En esos términos, el proceder ilegal del contratista no puede generar derecho en su beneficio ni, en sentido contrario, obligación a cargo de la Administración. La Administración y el particular no pueden establecer relaciones de hecho, eludiendo la normatividad sobre contratación administrativa, y, posteriormente, demandar de la justicia el reconocimiento de un supuesto enriquecimiento sin justa causa, gracias al ejercicio de la *actio in rem verso*⁶.

3. REQUISITOS Y EFECTOS DE ORDEN SUSTANCIAL DEFINIDOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA QUE PROCEDA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES PATRIMONIALES SIN SUSTENTO CONTRACTUAL CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Los requisitos de orden sustancial para el reconocimiento de prestaciones patrimoniales sin sustento contractual con fundamento en el principio de Enriquecimiento Sin Justa Causa, según la jurisprudencia, son los siguientes:

3.1. Enriquecimiento de una de las partes y correlativo empobrecimiento de la otra sin justa causa que lo justifique. En sentencia del 7 de junio de 2007 del Consejo de Estado, expediente 14.669, se advirtió que es necesario constatar un fenómeno claramente objetivo: el enriquecimiento de la entidad pública y el empobrecimiento correlativo del actor; y la inexistencia de causa que justifique ese “transvase” patrimonial⁷.

3.2. El principio de “Enriquecimiento sin justa causa” es procedente por razones de interés público o interés general. La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ocupó de señalar los supuestos puntuales en los cuales de manera excepcional por razones de interés público o general sería procedente aplicación a la *actio in rem verso* con fundamento en el principio del Enriquecimiento Sin Justa Causa:

3.2.1. 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* 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.

3.2.2. Cuando 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. Se debe en este caso probar que la decisión de la Administración es realmente urgente, útil, necesaria y la más razonable frente a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

1 Ver por ejemplo las sentencias del 11 de diciembre de 1984, Expediente 4070 y del 10 de septiembre de 1992, Expediente 6822.

2 Ver por ejemplo la sentencia del 6 de septiembre de 1991, Expediente 6306. Auto del 30 de marzo de 2006, Expediente 25.662 imprueba conciliación.

3 Ver por ejemplo las sentencias del 25 de octubre de 1991, Expediente 6103; del 22 de febrero de 1991, Expediente 5618; del 9 de marzo de 1984, Expediente 2850; del 24 de septiembre de 1992, Expediente 6788; del 3 de julio de 1990, Expediente 5579.

4 Ver por ejemplo la sentencia del 29 de enero de 2009, Expediente 15.662.

5 Se advierte en todo caso que la sentencia fue suscrita con tres salvamentos de voto a la posición mayoritaria de la Sala Plena de Sección.

6 Sentencia de 11 de octubre de 1991; Expediente 5686 y Sentencia del 9 de septiembre de 1986.

7 Sentencias del 16 de abril de 1993, Expediente 7.356, 4 de julio de 1997, Expediente 10.030 y 30 de noviembre de 2000, Expediente 11.895 del Consejo de Estado.

3.2.3. Cuando 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.

3.3. Principio de legalidad contractual y buena fe. La conducta del actor debe ajustarse al ordenamiento jurídico⁸. A ninguna de las partes del contrato le está permitido suprimir o adicionar el alcance de las obligaciones – salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral– so pretexto de ejecutar las suyas e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

Así, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente –en criterio de la parte que debe ejecutarlo– y considera que es necesario adicionar las obligaciones iniciales, debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. Tratándose de relaciones contractuales, el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades es fundamental e indispensable para comprometerse y exigir obligaciones exigibles de los demás⁹.

En consecuencia, no habrá enriquecimiento sin justa causa cuando el motivo del empobrecimiento fue provocado por el mismo empobrecido “... toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa”¹⁰.

En este sentido no puede haber acuerdo conciliatorio cuando no se demuestra una conducta antijurídica de la Administración o cuando es el particular quien se sitúa así mismo en una situación injusta o cuando tuvo la oportunidad de decidir realizar o no una labor o servicio sin que la contraprestación de la misma estuviera garantizada mediante los procedimientos e instituciones creadas para el desarrollo de la contratación estatal. Así, cuando el particular acepte prestar un servicio con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la Administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la ley.

En este orden de ideas, la buena fe que se exige en materia negocial es la buena fe objetiva, que “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” “...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”¹¹.

3.4. El efecto patrimonial del enriquecimiento sin justa causa es eminentemente compensatorio; por lo que en los excepcionales casos en que el mismo proceda, el particular que adelante este reclamo solo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. En consecuencia, no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comporte la reparación integral sino a una compensación, lo cual descarta de plano tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos¹².

De dicha suma la entidad pública debe deducir los mismos impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se descontarían a las cuentas de cobro o facturas que presentaba el contratista durante la ejecución del contrato. De no hacerlo, y si acaso este objeto contractual estaba gravado con algún impuesto nacional o territorial, se enriquecería ahora el particular, porque recibiría un dinero neto, sin los descuentos que habría tenido que pagar, si se hubiera celebrado el contrato en forma normal¹³.

3.5. Si la reclamación no deriva de una relación comercial existente procede la *actio in rem verso*. Para la procedencia de esta figura se requiere la inexistencia de acuerdo contractual –en los términos de las causales mencionadas en el 3.2– esto es debe tratarse de servicios u obras nuevas o adicionales de cuya ejecución no dependía de manera directa ni inescindible el cumplimiento del objeto principal del contrato.

4. PRESUPUESTOS FORMALES O PROCEDIMENTALES EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

4.1. El medio de control para formular pretensiones por enriquecimiento sin justa causa es el de Reparación Directa. La *actio in rem verso* goza de autonomía sustancial mas no procedimental, porque más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento sin causa que constituye un daño para el empobrecido. En esa medida, se consideró que siendo el medio de reparación directa el previsto “precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración”, constituye la vía procesal adecuada para pretender la restitución patrimonial consecuente al enriquecimiento sin justa causa.

⁸ Sentencia del 22 de julio de 2009, Expediente 35.026 y Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15.496 del Consejo de Estado.

⁹ Sentencia del 19 de octubre de 2011, Subsección C, Expediente 18.082.

¹⁰ El auto del 30 de marzo de 2006. Expediente 25.662.

¹¹ Nota original de la sentencia citada: “Inciso final del artículo 768 del Código Civil”.

¹² Auto del 29 de enero de 2009, Expediente 15.662.

¹³ Sentencia 30 de enero de 2013. Subsección C. Expediente 19.045.

4.2. Las reglas procesales en materia de competencia y caducidad son las que corresponden al medio de control de Reparación Directa. La oportunidad para la interposición de la correspondiente acción será de dos (2) años contados en los términos señalados en el Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984– y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– para el medio de control de Reparación Directa.

De igual manera el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A. y 152 y 155 del C.P.A.C.A. El procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con los artículos 206 del C.C.A. y 159 y siguientes del C.P.A.C.A. Finalmente, la competencia en razón del territorio se regirá por el numeral 6 del artículo 156 del C.P.A.C.A.

Teniendo en cuenta lo anterior, **la pretensión de la acción in rem verso**, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, será del conocimiento en primera instancia de los jueces administrativos y en la segunda instancia de los Tribunales Administrativos.

4.3. Principio *iura novit curia*. Sin embargo, en razón a la dificultad que en no pocas ocasiones comporta la identificación del supuesto que origina la reclamación, se ha acudido a la regla *iura novit curia*, circunstancia que encuentra expresa aplicación en C.P.A.C.A.14 a efectos de que el juez garantice el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial y se posibilite el efectivo acceso a la Administración de Justicia, de manera que si se interpone la acción contractual y se verifica que el contrato no existió, se adecúa la pretensión contractual a la acción propia para enriquecimiento sin justa causa, que en su momento fue la específica de la *actio in rem verso* y actualmente, según se precisó, lo será el medio de control de la Reparación Directa.

4.4. Deber de dar traslado a órganos de control. Así mismo, consideró el Consejo de Estado que si en el reconocimiento judicial del enriquecimiento se verifica que en el caso concreto pudo haberse incurrido en alguna conducta contraria al ordenamiento jurídico, se debe proceder con la remisión de copias a las autoridades competentes en lo disciplinario, penal y/o fiscal, según corresponda.

La Directora General,

Adriana María Guillén Arango.

(C. F.).