

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A PARTIR DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL AÑO 2012, LIMITACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Hugo Alberto Echeverri Correa*

RESUMEN

Por constructo jurisprudencial se ha desarrollado el enriquecimiento sin causa como principio del derecho y fuente de las obligaciones, para restituir traslados patrimoniales injustificados, el que fuera extendido a la jurisdicción contenciosa para los hechos cumplidos, esto es, cuando la administración se enriquece con ausencia de soporte contractual; y entonces, ante la tensión que supone la equidad entre relaciones jurídicas y la legalidad de las formas, el Consejo de Estado divagó sobre la procedencia de la institución, pero con sentencia de unificación del 19 de noviembre 2012, definió su carácter excepcional, y lo circunscribió a tres hipótesis, porque omitir la solemnidad habilitante, implica actuar de mala fe del empobrecido, y por tanto, la jurisprudencia posterior ha supuesto un sacrificio al valor procesal de la tutela judicial efectiva, porque de antemano están condenadas estas pretensiones compensatorias, aun cuando cumplan los requisitos para su procedencia, y torna nugatorio el derecho a restablecer.

Palabras clave: *Actio in rem verso*, enriquecimiento sin causa, hechos cumplidos, derecho de acción, tutela judicial efectiva.

Sumario. INTRODUCCIÓN. 1. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, CONFIGURACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO. 1.1 ORIGEN EN EL DERECHO ROMANO. 1.2 PRINCIPIO DEL DERECHO. 1.3 FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. 1.4 ELEMENTOS. 2. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. 2.1 ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. 2.1.1 Desde el plano procesal. 2.1.2 Desde el plano sustancial. 2.2. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. 2.3 SALVAMENTOS DE VOTO. 2.4 JURISPRUDENCIA POSTERIOR. 3. ACCIÓN PROCESAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 3.1 ACCIÓN Y SU FACETA FUNDAMENTAL.

*Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2020. Correo electrónico: echeverrihugo7@gmail.com.

3.2 TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 3.2 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA UNIFICADO, VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Al amparo del derecho romano, la prohibición de enriquecimiento sin causa a través de su cauce procesal de la *action in rem verso*, reclama que nadie puede aumentar el patrimonio a expensas de otros, sin que medie un fundamento del traslado. Definición de la que se deduce un principio general del derecho, pregón de la equidad natural en las relaciones jurídicas y la correspondencia patrimonial entre derechos y obligaciones. Que si bien tienen formas especiales como el pago de lo no debido, el régimen general se desarrolla inicialmente en el ordenamiento nacional, al amparo del derecho pretoriano como principio del derecho y fuente autónoma de las obligaciones.

Este principio ha tenido cabida en la jurisprudencia del Consejo de Estado, asimilado de la jurisprudencia civilista, para resolver las controversias en las que la administración se ha beneficiado por prestaciones de terceros. Cuyo caso emblemático es la ejecución de prestaciones sin soporte, bien porque no se suscribió el contrato, su adición o respectiva prórroga, pero la dificultad estriba en que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, requiere como requisito sin el cual no puede haber contrato, el vertimiento del acuerdo por escrito.

Falta de soporte legal que ha conllevado a la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, a divagar en distintas posiciones procesales o sustanciales para encauzar y estudiar la prosperidad del enriquecimiento sin causa, hasta arribar a la Sentencia de Unificación del 19 de noviembre de 2012, donde se reivindicó su carácter residual, toda vez que no es posible obviarse las formalidades del estatuto contractual, porque supondría una actuación de mala fe del empobrecido al desconocer normas de orden público, por lo tanto, su campo de empleo se redujo a tres casos en particular, de suyo problemáticos.

Los supuestos planteados por la providencia de unificación se redujeron, *grosso modo*, al constreñimiento de la entidad, evitar una vulneración al derecho a la salud o por prestaciones sin la declaratoria del estado de emergencia; los cuales no cumplen a cabalidad los

presupuestos como fuente autónoma de las obligaciones, porque están cubiertos en la ley o la responsabilidad extracontractual, y con poca prosperidad de este tipo de pretensiones restaurativas, toda vez que la jurisprudencia posterior ha castigado la omisión de la formalidad contractual al contratista, de quien presume un actuar contrario a la buena fe objetiva, por no respetarse las formas propias de la contratación pública.

Es así como en este artículo parte de una visión netamente hermenéutica, con fundamento en análisis documental de la doctrina alrededor del enriquecimiento sin causa, para luego examinar el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente a partir de la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, extrayendo algunos datos numéricos; con el consecuente estudio crítico de las consideraciones del juez de lo contencioso, para quien la omisión de las solemnidades implica una actuación contraria a derecho, desconociendo de esta forma la naturaleza y alcance del enriquecimiento sin justa causa, y sus obligaciones en el marco de los Estados constitucionales en permitir no solo el acceso a la justicia, sino a una decisión de fondo que resuelva los derechos puestos en liza dentro del proceso jurisdiccional.

En este espacio se busca pregonar el tratamiento dado al enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del juez contencioso, de manera que sirva como insumo para estudios posteriores, en los que se ponga de presente la necesidad de reevaluar la aplicación del principio del derecho que veta los injustificados traslados patrimoniales, habida cuenta el sacrificio en tutela judicial efectiva de derechos, cuando se justifican apropiaciones indebidas de la administración porque se omitió la suscripción del acuerdo, dando al traste con el muchas veces justo reclamo del empobrecido, mucho antes de acudir a las vías procesales, y para unos supuestos no encuadrables en técnica jurídica dentro de la institución.

1. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, CONFIGURACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

El principio del derecho denominado enriquecimiento sin causa, por el cual no le está permitido a nadie enriquecerse a costa de otro sin que medie justa causa, a través de su acción

procesal de la *actio in rem verso*, ha sido desarrollada desde sus inicios en el derecho romano, como mecanismo independiente para restituir equitativamente el patrimonio empobrecido en la proporción del correlativo enriquecimiento de otro. Aplicado en el ordenamiento nacional por manufactura eminentemente jurisprudencial, como principio deducido del sistema jurídico y como fuente autónoma de las obligaciones, primero en la jurisdicción ordinaria, pero extendida al derecho contencioso administrativo.

1.1 ORIGEN EN EL DERECHO ROMANO

El enriquecimiento sin causa, según la doctrina y la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, expediente 1999-00280-01, 2012), coinciden en señalar que su génesis deriva del Derecho Romano, específicamente del Digesto 50.17.206, pues en cita del jurisconsulto Pomponio (Cosculluela, 1977, p. 1; Diez-Picazo, 2011, p. 28; Prado, 2012, p. 12; Santos, 2012, p. 35; y Timpson, 2013, p. 87), reproducen literal la regla de derecho que establece: “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*”, cuya traducción en el diccionario de la Real Academia Española sería: “*es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro*”. O en expresión más lacónica sería: “*Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro*” (Arias, 2013, p. 148).

De enunciación tan generalizada del principio, se entendería su concepción y operatividad bajo reglas claras a lo largo de la historia, sin embargo, solamente estaban reconocidas una serie de *condictios*, como acciones genéricas que, para cuando sucediera un empobrecimiento en particular carente de causa, el afectado pudiera reclamar la restitución (Diez-Picazo, 2011, p. 34). Tales condiciones fueron: *condictio in debiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem* o *miustam causa* y *condictio sine causa*.

Para el específico caso de la *actio in rem verso*, nació como remedio cuando se demandaba al *pater familias* por el enriquecimiento del hijo, aunque con el devenir de los años se instituyó como un instrumento judicial procedente contra las apropiaciones sin razón de ser y con menoscabo monetario de otros, deducido de las múltiples disposiciones en concreto, donde, en consonancia con Santos (2012, p. 113), la pretensión consistía en reintegrar el patrimonio

empobrecido injustamente. Dichas reglas hacen mención a lo conocido como la *aequitas*, dar a cada uno lo suyo según el deber jurídico común a todos del *ius naturae*, (Prado, 2012, p. 13).

1.2 PRINCIPIO DEL DERECHO

Como acaba de verse, bajo la inspiración romanista, la prohibición de enriquecimiento sin causa reivindica que, en principio, nadie puede aumentar su patrimonio a expensas de otros, sin la existencia de una razón justificada¹. Sin embargo, es de precisarse en este apartado que -tal y como sucede con la prescripción adquisitiva del dominio, la donación, el mutuo sin intereses, entre otros-, la ley puede permitir el enriquecimiento bajo el entendido de causales justificativas. En un sentido similar, el artículo 1525 del Código Civil (CC) dispone la imposibilidad de “...repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a *sabiendas*”. Ciertamente, estas disposiciones son de interpretación estricta.

Este principio general del derecho, cuya fuente es la equidad natural en las relaciones jurídicas, con la correlatividad patrimonial entre los derechos y obligaciones, fue introducido en el ordenamiento local por influencia francesa (Bohórquez, 2014, p. 39), y adquirió sus tonos genéricos para invocarse como acción autónoma. Caracterizada por un alto grado de abstracción ante la ausencia de supuestos de hecho concretos, o estos aparecen de manera fragmentada, de tal modo que no consagra previamente las causas fácticas para su subsunción.

Aunque no está regulado de forma expresa, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en deducirlo de varias disposiciones normativas. Al respecto, se indica que el régimen general se desarrolla inicialmente, al amparo del derecho pretoriano, con fundamento en los artículos 5 y

¹ Espacio pertinente para distinguir la ausencia de causa por injustificada, con la causa ilícita. El enriquecimiento ilícito, es el resultado de una conducta punible, apreciable en el aumento desmedido del patrimonio de un sujeto cualificado como producto de actividades contrarias al derecho. No en vano, el artículo 412 del Código Penal tipifica la conducta de un servidor público que, sin probarse directamente la comisión de una actuación contra la Administración Pública, muestra un incremento patrimonial lo suficientemente significativo para presumirla.

8 de Ley 153 de 1887, el primero cuando preceptúa la utilización de los principios del derecho natural y las reglas judiciales para los casos dudosos, y el segundo, al prescribir el uso de la analogía y los principios generales del derecho (Gómez y Mora, 2012, p. 47).

Por este motivo, si bien tiene aplicaciones especiales en el pago de lo no debido, Art. 2313 del CC; el dolo como vicio del consentimiento, Art. 1515 del CC; y la realización de mejoras sobre suelo ajeno, Arts. 738 y 739 del CC²; solamente, a través de la jurisprudencia civilista, la primer sentencia data del año 1933 (Benavides, 2014, p. 258), se vino a catalizar la fragmentación de disposiciones en un principio autónomo. No obstante, su consagración expresa se dio a partir de la expedición del Código Comercio, su artículo 831 positivizó que: “*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”.

En la justicia nacional se adoptó en la alabada jurisprudencia de la Corte de Oro de la década del treinta, el principio de enriquecimiento sin causa como regla rectora del restablecimiento patrimonial cuando se presenta su desequilibrio injustificado, expresado en los requisitos de enriquecimiento de un sujeto, el empobrecimiento de otro, y una misma fuente como origen de los traslados, sin mediar justificación alguna, es decir, no “obra *ninguna fuente de obligaciones como el acto jurídico, el hecho jurídico o la Ley*”. (Hernández, 2013, p. 127).

La Corte Suprema, quien hasta 1964 fue el juez natural de la contratación estatal, extrapoló la doctrina a las situaciones de enriquecimiento económico de la administración por carencia del perfeccionamiento del contrato (Ibagón, 2014, p. 259; y Benavides, 2014, p. 261), pero a partir ahí, por la expedición del Decreto 528, el Consejo de Estado pasó de analizar la mera legalidad de los actos administrativos, a controlar los conflictos contractuales donde intervenía una entidad pública. Juez que ha hecho hincapié en el tono excepcional del principio, con los matices y singularidades propias del derecho administrativo (Punzón, 2016, p. 124).

² Y muchísimas más formas, tales como los efectos económicos de la declaratoria de nulidad, Art. 1747 del CC; la prohibición de doble pago, Art. 1626 del CC; el pago de obligaciones realizadas por terceros, Art. 1632 del CC; el contrato de depósito con incapaz, Art. 2243 del CC; el aprovechamiento del dolo ajeno, Art. 2343 del CC; entre otras, como el enriquecimiento cambiario, Art. 882 del Código de Comercio (CCo).

1.3 FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

A diferencia de los ordenamientos jurídicos del derecho inglés o alemán, en los cuales se asume el enriquecimiento sin causa, en el primero, como un sistema de tipicidad que recoge las únicas situaciones comprensibles de restitución, o en el segundo, donde es la regla general acompañada de algunas en escasos artículos; en Colombia, se siguió la vertiente gala o ibérica, caracterizada por la comprensión de una cláusula de contenido genérico, pero de subsidiaria usanza, acompañada con una mayor regulación de las hipótesis típicas de enriquecimiento para repetir por trasposos indebidos³.

Además de ser un principio general del derecho, el enriquecimiento sin causa es fuentes autónomas de las obligaciones, aunque hay quienes como Silva (2017, p. 46), que lo circunscriben a los cuasicontratos. Para este escrito, pese a no estar consagrado en la criticada enumeración del artículo 1494 del Código Civil, este se presenta cuando la obligación de restituir surge por causa diferente a la ejecución de un contrato o cuasicontrato, o la comisión de un delito o cuasidelito, ni la ley, es decir, que la carencia de causa es la nota característica.

De esta manera, desde sus inicios, la jurisprudencia explica que si bien el enriquecimiento sin causa no está regulado dentro de las fuentes, de la casuística reunida por la ley, y las luces arrojadas por la teoría moderna de la teoría general de las obligaciones, se infiere dentro del listado, donde este resulta no como la consecuencia de “... *un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico...*” (Corte Suprema de Justicia, expediente 1961-3, 1940), que excluye cualquier consentimiento de los particulares. Amén de su carácter residual, como uno de los elementos fundamentales de la acción, (Bohórquez, 2018, p. 194; y Timpson, 2015, p. 88).

³ La doctrina enseña que existe: a) El sistema de la tipicidad (derecho inglés), donde las situaciones de enriquecimiento sin causa solo procedería para unos casos reconocidos por el precedente; b) El sistema de la cláusula general, Alemania y Portugal, donde el principio tendría vigencia autónoma y sin restricciones, con algunos casos tipificados por ley; y c) El sistema de la regulación de la repetición de lo indebido, en la que hay una acción de restitución con carácter general, pero subsidiaria de otros más específicos, el principio tiene cabida, pero luego de descartarse el reclamo por otros cauces de ley (España, Francia e Italia). (Moura, 2016, p. 293).

La obligación de restituir en compensación no puede tener causa en ninguna otra. Useche (2014) cuando analiza la figura, concluye que “*es un fenómeno que se realiza entre dos patrimonios, el favorecido y el perjudicado, sin que, por regla general, intervengan ni tenga que intervenir negocio jurídico alguno de las partes interesadas*” (p. 14). Además, aunque los incrementos patrimoniales injustificados están condenados por el derecho y la equidad, ello no comporta la confusión con el delito o cuasidelito, pues con la mera posibilidad de que el enriquecimiento pueda provenir de un hecho lícito, desdibuja la ilicitud (Ospina, 2008, p. 42).

Tampoco habría lugar la intención de obrar en bien de otro ni de contrato alguno. Al respecto, Guillén (2013, p. 6) opina que el enriquecimiento sin causa y su consecuente restablecimiento de patrimonios al estado inicial, excluye la obligación por normas legales o convenios o actos privados. Entonces, descartados los elementos de la responsabilidad contractual y sobretodo la extracontractual, el reembolso es procedente siempre y cuando se cumplan los requisitos para el ejercicio de la acción.

Aquí no solamente basta la mera atribución patrimonial de un lado, sino que resulta necesario que haya empobrecimiento del otro, y aun así, resultaría inoperante si entre ambos no existe una conjunción, e inclusive podría darse esta relación, pero no producirse ningún efecto porque ha habido ánimo de liberalidad, la ley otorgue otras figuras para el reclamo, o autorice el enriquecimiento en referencia (Corte Suprema de Justicia, expediente 062, 1936). Esto conlleva a que la acción de reembolso es improcedente si el perjudicado contaba con otro mecanismo judicial para obtener la restitución, y sufriría las consecuencias de la negligencia.

1.4 ELEMENTOS

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enfáticas y consistentes en señalar los elementos estructurales y definitorios del enriquecimiento sin causa, para el presente texto se utilizará los presupuestos citados por López (2009), dada la concreción de cada uno de los criterios en su redacción, al igual que por la exhaustiva recopilación de todos, así:

- 1) *Que se produzca el enriquecimiento de alguien;*

- 2) *Que haya empobrecimiento correlativo de otro;*
- 3) *Que haya relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento; es decir que exista “correlación” entre el enriquecimiento y el empobrecimiento;*
- 4) *Que compruebe una falta de causa lícita que genere o legitime el enriquecimiento;*
- 5) *Ausencia de interés personal en el empobrecido;*
- 6) *Que quien acciona por enriquecimiento sin causa de su contradictor no haya actuado con dolo, culpa o negligencia;*
- 7) *Que no exista otra herramienta jurídica para abordar el problema, pues la teoría del enriquecimiento sin causa constituye una herramienta subsidiaria.*
- 8) *La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. (p. 378)*

Es de resaltar que de todos los requisitos, los esenciales son los tres primeros, desde su forma primigenia han sido reiterados la unísona confluencia de enriquecimiento-empobrecimiento-falta de causa; mientras que los demás son accesorios y obedecen a prácticas particulares o casuísticas del principio que no necesariamente confluyen en todas las latitudes y tradiciones jurídicas. Los cuales han sido aplicados en las relaciones del Estado con los particulares, cuando aquel se beneficia de prestaciones ejecutadas al margen del respaldo contractual.

Todo este constructo de talle eminentemente civilista del enriquecimiento sin causa, ha sido trasvasado al derecho contencioso administrativo, a efectos de resolver las controversias del Estado con los particulares, cuando aquel se beneficia de prestaciones ejecutadas al margen del respaldo contractual, por tanto, ha encontrado su espectro de vigencia generalmente en los supuestos denominados como “hechos cumplidos” (Hernández, 2017, p. 432).

2. EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Importado el enriquecimiento sin causa al derecho administrativo, el Consejo de Estado divagó en dos frentes, uno formal y otro sustancial de la figura, relacionados con la idoneidad del medio de control y la prosperidad de estas pretensiones, con varios momentos de su

comprensión y operatividad identificables, hasta arribar a la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, la cual quiso decantarse por una posición intermedia entre la tensión que supone la legalidad con la forma escrita de los contratos estatales y, la equidad de restablecer los traslados patrimoniales injustificados, con el adicional planteamiento de la imposibilidad de pretermitir las solemnidades, salvo que se trate de tres supuestos determinados. Y Aunque tal decisión inicialmente no fue bien recibida, con el tiempo se cerraron filas en su favor, al punto de limitarse la prosperidad de estas pretensiones en la casuística.

2.1 ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Como punto de partida tenemos que, la prohibición de enriquecimiento sin causa bajo el ropaje de los hechos cumplidos, es aplicable a los contratos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Pública (EGCP) (Marín, 2019, p. 7). El caso emblemático es la prestación sin soporte contractual, bien porque no se suscribió el contrato o porque, vencido el plazo, no se firma su prórroga, y también en los casos de obras adicionales o mayor permanencia. El problema surge por la preterición de la solemnidad habilitante, pues el artículo 41 dispone que “*Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado lo ha abordado desde dos perspectivas: una material, atinente a los requisitos para su configuración, y una procesal, relacionada con el mecanismo para el control judicial (la *actio in rem verso* o las acciones contencioso administrativas – controversias contractuales o de reparación directa-). Ambos asuntos suelen enlazarse y separarse, pero al tener implicaciones mutuas, se han desarrollado bajo una misma línea por el alto Tribunal de lo contencioso, es decir, tanto sustantivo como procesalmente.

2.1.1 Desde el plano procesal. Para el Consejo de Estado –antes de la Sentencia del 19 de noviembre de 2012-, la prohibición de enriquecerse a expensas de otro era la regla general y tenía una acción propia e independiente: *la actio in rem verso* (Consejo de Estado, expediente 15662, 2009). En efecto, hasta el año 2009, en muchos casos se asumió el carácter autónomo del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso* como

mecanismo procesal adecuado (Consejo de Estado, expediente 35026, 2009). Pero también atendiendo al carácter extracontractual de dicha pretensiones, en algunas oportunidades la ubicó dentro de la reparación directa, porque la fuente del litigio reside en un hecho administrativo (Consejo de Estado, expediente 6822, 1992).

Circunstancia que condujo en algunos eventos a resolver la indebida escogencia de la acción, y en otros casos, al uso del *iura novit curia*, para reconducir la acción; aunque también en distintas oportunidades analizaba el carácter contractual de la controversia por la ejecución del contrato con ausencia del registro presupuestal, para luego corroborar la cabida de la acción de enriquecimiento (Consejo de Estado, expediente 14669, 2007).

Finalmente, surge la sentencia de unificación del Consejo de Estado, donde se resaltó el carácter residual de la *actio in rem verso* dentro de la jurisdicción y precisó sus características: 1) es de naturaleza subsidiaria, solo procede cuando no se cuente con diferente medio de control de ley; 2) es excepcional, pues el traslado patrimonial no debe tener nacimiento en ninguna otra de las fuentes de las obligaciones; 3) es una acción única y con una finalidad exclusivamente compensatoria, por lo tanto, las pretensiones deben limitarse al monto del enriquecimiento patrimonial (Consejo de Estado, expediente 24897, 2012).

Adicionalmente, esta providencia definió que la *actio in rem verso* se trata de una pretensión encaminada a reponer apropiaciones indebidas, entonces, su trámite procesal se hará al abrigo del medio de control de reparación directa -artículo 140 de la Ley 1437 de 2011-, por desarrollarse en situaciones marginales de la normas de la contratación pública, y su caducidad se circunscribió a los dos años posteriores al conocimiento de la falta o negativa del pago de las prestaciones (Consejo de Estado, expedientes: 27215, 2014; y 41233, 2017).

2.1.2 Desde el plano sustancial. Se diferencian tres momentos: uno, en la década de los 90, donde la posición del Consejo de Estado permitía a quien reclamara por prestaciones ejecutadas en favor de entidades públicas sin que mediara un acto jurídico contractual, si se daban los presupuestos de procedencia de la *actio in rem verso*. El fundamento de esta posición residía en la confianza legítima, la carga de conocimiento de la ley contractual por

parte de la entidad demandada y el principio de la buena fe previsto en el artículo 83 constitucional (Consejo de Estado, expediente 9409, 1996).

En una segunda oportunidad, a mediados del año 2006, se reiteró que las normas que gobiernan los procesos de contratación son de estricto cumplimiento y, por presunción del conocimiento de la ley, no tendría cabida su ignorancia por ninguna de las partes. En este contexto, las normas rectoras la formación y ejecución del contrato impiden el enriquecimiento sin causa (Consejo de Estado, expediente 25662, 2006), y procedería solamente para obras adicionales, cuando la omisión del acto contractual recaiga en la entidad.

Se dejó sentado que la institución no puede usarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico, el incumplimiento del contratista, ni para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa, como la falta de partidas presupuestales, de resorte contractual (Consejo de Estado, expediente 14669, 2007). Aunque es de aclarar que para el año 2009, se morigeraron un poco estas apreciaciones y se determinó que era la Administración la primera en acatar la ley, por tanto, debía responder por el empobrecimiento del contratista fallido (Consejo de Estado, expediente 35026, 2009).

Finalmente, se encuentra una tercera etapa enmarcada por la Sentencia de Unificación de la Sala Tercera del Consejo de Estado del día 19 de noviembre de 2012, donde reiteró la irrestricta sujeción al deber constitucional de buena fe objetiva, la obligación de acatar las reglas de la contratación estatal y se restringió el ámbito de aplicación del enriquecimiento injusto a unos supuestos específicos⁴.

2.2 SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

La consabida providencia del Consejo de Estado (Expediente 24897, 2012), para la procedencia del enriquecimiento sin causa señala que, el principio de legalidad permea todo

⁴Esta clasificación compartida en líneas genéricas por doctrinantes tales como: Arias, 2013; Bohórquez, 2014 y 2018; Cabra, 2014; Gil, 2017; Ronderos y Tascón, 2012; y Useche, 2014. Quienes, si bien no esquematizan de manera idéntica, sí identifican los rasgos marcados por los pronunciamientos de la judicatura.

el ordenamiento jurídico, y la *actio de in rem verso* no puede ejercerse si lo que se busca es eludir una disposición imperativa de la ley, ni mucho menos puede excusarse en su ignorancia, o sea, el convencimiento o creencia de actuar adecuadamente y enfatizó que en estos casos debe darse un cumplimiento irrestricto de las disposiciones rectoras de la contratación pública.

Bajo este entendido se impone un deber de obrar conforme a derecho, a efectos de preservar valores superiores como el interés general, los recursos públicos y la libertad de empresa. Y si erradamente se entiende que el artículo 83 de la constitución cuando expresa la presunción de buena fe del particular, da cabida a reclamos de ejecuciones sin contrato suscrito, dicha norma no consagra una patente de corso, para desconocer disposiciones imperativas dirigidas a preservar valores superiores como los recursos públicos y la selección objetiva.

En consecuencia, con fundamento en el inciso final del artículo 768 del CC, por el cual se prescribe que un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, deriva consecuencias negativas para el empobrecido. Pues para el mismo magistrado ponente en su Compendio de Derecho Administrativo, la buena fe objetiva como instrumento de seguridad jurídica “*se interpone de manera perentoria ante cualquier hipótesis de subjetivismo o especulación en la determinación de lo pactado*” (Santofimio, 2017a, p. 728).

Discurre la providencia que el artículo 41 del EGCP consagra el acuerdo escrito como elemento para la perfección del contrato, solemnidad *ad substantiam actus* para la validez el negocio jurídico. Entonces, el desconocimiento de la formalidad, implica soslayar normas de orden público, por tanto, se desconocería uno de los requisitos de procedencia de la acción. Circunstancia reiterada por el ponente en la necesidad de agotar el procedimiento previsto por el legislador, so pena de negarse la compensación patrimonial (Santofimio, 2017b, p. 617).

Reflexiones que llevaron a concluir al Tribunal de cierre de lo contencioso que, cuando se realizaron obras, hubo mayor permanencia, o se efectuó una prestación sin contrato alguno, o, lo que es lo mismo, inobservando los mandatos imperativos de la ley, se ha transgredido la buena fe objetiva, al no guardar una pauta de conducta conforme a derecho, sino en detrimento

del orden público, y no puede traerse la propia negligencia como una causa para reclamar, pues a sabiendas de los requisitos legales se atrevió a prestar un servicio a riesgo propio.

Luego, tratando de asumir una posición ecléctica entre la imposibilidad de inobservar la solemnidad sustancial, y la procedencia de la restitución en justicia, la sentencia concibió la prosperidad de la acción por enriquecimiento sin causa bajo tres supuestos, resumidos así: 1) cuando se acredita que la entidad pública constriñó al particular e impuso la ejecución de prestaciones por fuera del marco de un contrato estatal; 2) cuando es urgente y necesario acudir a terceros para evitar una amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; y 3) cuando debiéndose declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal pronunciamiento y requiere prestaciones de otro.

2.3 SALVAMENTOS DE VOTO

Proferida la sentencia en comento, es de resaltar que su aprobación no se dio de manera pacífica, puesto que se presentaron tres salvamentos de voto de los consejeros para la fecha: Enrique Gil Botero, Carlos Alberto Zambrano y Stella Conto del Castillo. De los cuales el primero, palabras más palabras menos, plantea que la posición asumida por la Sala descubre la tensión existente entre la legalidad y el garantismo, y se radica en cabeza del particular la guardia de las formas del contrato, cuando el ordenamiento no prevé tal carga en él, sin eximirlo, pero la administración está más obligada al cumplimiento de las formas propias de la contratación pública, por encontrarse atada en mayor medida al principio de legalidad.

Hay dos ópticas distintas, para el particular prima el ánimo de lucro, mientras para la administración, el interés general, sin serle dable la obtención de ventajas patrimoniales sin compensación alguna. Por tanto, cada caso debe ser analizado en sus singularidades, resaltando que el artículo 83 de Constitución claramente consagra la presunción de buena fe respecto al actuar de los particulares, y además, el artículo 831 del C.Co es claro en prohibir el enriquecimiento sin causa, precepto insertado en la contratación estatal expresamente por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. (Consejo de Estado, expediente 19045, 2013)

La magistrada Conto del Castillo destaca la reducción de la naturaleza del enriquecimiento sin causa como principio que procura de la equidad perturbada, pues la providencia ciñó el campo de acción a unos pocos casos, desdibujando la autonomía y especialidad del mecanismo, con la consecuente automatización de la labor judicial, así como la inoperancia de la *actio in rem verso*, cuya versatilidad y excepcionalidad permitirían restablecimientos patrimoniales distintos a la reparación directa. Amén de trastocar la literalidad del artículos constitucional que presume la buena fe en el particular (Consejo de Estado, expediente 24897, 2012).

Como última voz disidente está el magistrado Zambrano, quien señaló que la primera hipótesis constituye un prototípico caso de responsabilidad extracontractual, cuando el enriquecimiento no necesita constreñimiento, sino la provocación de la actuación a ejecutar la prestación; *a contrario sensu*, se correría con las consecuencias adversas por solitaria iniciativa a ejecutar, aunque podría ser matizada también por la concurrencia de culpas; y los demás sucesos, derivarían del contrato mismo, porque la ley permite su celebración sin formalidades (Consejo de Estado, expediente 24897, 2012).

2.4 JURISPRUDENCIA POSTERIOR

Como pasa de advertirse, no fue asumida tranquilamente la posición afincada en la unificación, y por dos sentencias de la misma Sección, pocos meses después se desconoció en alguna medida su *ratio decidendi*. En un primer pronunciamiento, por la prestación del servicio de vigilancia al municipio de Arauca, donde consideró la Corporación que se configuraba la primer causal porque el contratista requirió la necesidad de una nueva partida presupuestal, y en un constructo algo artificioso, dedujo la imposición forzada de mantener bajo custodia los bienes de la entidad, dada la sensibilidad de estos, y de ahí la necesidad de compensarlo (Consejo de Estado, expediente 19045, 2013).

Unas semanas después, al igual que la precedente decisión, se desconocieron las reglas de la unificación, puesto que en un litigio versado sobre el servicio de fotocopiado a favor del Congreso después de haber terminado el periodo contratado, se admitió estar frente a un supuesto de enriquecimiento sin causa, porque dada la asimetría de partes, se apreció una

relación de *imperium* Órgano legislativo, quien continuó enviando órdenes de pedido sin que el contratista pudiera sustraerse de cumplirlas (Consejo de Estado, expediente 24969, 2013).

Sentencias que fueron citadas para el caso del municipio de Dosquebradas, quien provocó el servicio de vigilancia al no proveer la propia guarda de sus bienes y así evitar la causación un peligro potencial, cuya omisión contractual no debe asumirlo el particular cuando garantizó el cuidado de los elementos (Consejo de Estado, expediente 37958, 2017). Aquí, como pasa de verse, más que de un constreñimiento, se trató de una ejecución sin adición de contrato.

Dentro de esta misma línea, igual atención se merece la sentencia que accedió a compensar porque una concesionaria de aguas brindó del servicio de acueducto y sus redes al municipio del Espinal. Estas providencia elucubraron una unión del servicio público domiciliario y el derecho a la salud, por consiguiente, encuadrable dentro del segundo supuesto de unificación (Consejo de Estado, expediente 41233, 2017). Y una última, por el servicio de educación para unos desmovilizados (Consejo de Estado, expediente 46361, 2020), también se reconoció el enriquecimiento por traslados injustificados, toda vez que el Departamento de Antioquia requirió el servicio, para luego, de mala fe negar el pago por carencia de prórroga previa.

Salvo las contadas excepciones y los salvamentos de voto referidos, de revisión de las 83 sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde el 19 de noviembre de 2012 al 31 de mayo de 2020, en las que se cita expresamente el enriquecimiento sin causa para asuntos relacionados con litigios contractuales, se observa que ha guardado una disciplina de hierro sobre los casos estipulados en la sentencia de unificación, excluyendo de su radio los no encuadrables dentro de los tres supuestos estipulados, casi descartándolos de plano.

De todas las providencias en las cuales se ventiló, directa o indirectamente, asuntos y pretensiones encaminadas al resarcimiento de los enriquecimiento patrimoniales atribuidos al Estado, se excluyeron aquellas que no resolvieron de fondo el caso bien por caducidad de la acción⁵, ya por indebida escogencia del medio de control o yerros en el trámite que

⁵ Por lo voluminoso de las providencias en cita, solamente se señalará en número de expediente asignado por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Expedientes: 37069, 2016; y 27215, 2014.

conllevaron a una sentencia inhibitoria⁶, además de segregarse las que obedecían a controversias contractuales, reparación directa por un daño⁷, o cuando se trataba de laudos arbitrales⁸, además de los recursos de anulación, de revisión y repetición, o por falta de legitimación en la causa y de competencia⁹, aun cuando se invocase la teoría de los traslados injustificados; habida cuenta que no hay resolución de fondo, y no arrojan mayor información respecto al tratamiento dado al enriquecimiento sin causa en materia contenciosa.

En total, luego de hacer las exclusiones indicadas, quedan 47 sentencias¹⁰, de las cuales se encontró que solamente se accedió a las pretensiones dirigidas a restituir el empobrecimiento patrimonial, por el correlativo enriquecimiento de la administración pública, sin escrito contractual que lo justifique, en 11 oportunidades, y ello, en tres oportunidades no propiamente se trató de conceder el derecho, sino que se preservó la decisión por la garantía constitucional de apelante único¹¹, aun cuando indicase la Corporación que realmente no procedía el restablecimiento, pero por ausencia de apelación del ente se confirmó la instancia.

Es decir, en propiedad, únicamente prosperó en 8 oportunidades la institución del enriquecimiento injustificado, dentro de las están los casos referenciados inicialmente como contrarios a la unificación, y contando adicionalmente las últimas donde no hay identidad plena con los supuestos allí establecidos, como el servicio de acueducto y el derecho a la

⁶ Fueron resueltos así los expedientes: 21534, 2012; 28321, 2014; 49973, 2016; y 36707, 2015.

⁷ Tratándose de los expedientes: 48186, 2019; 44822, 2019; 27530, 2013; 25254, 2013; 23827, 2013; 25387, 2015; 31550, 2016; 30760, 2016; 41759, 2019; 41972, 2019; 37168, 2017; y 31550, 2015 (Contratos). 24460, 2013; 27417, 2013; 26450, 2013; 27251, 2015; 46120, 2018; y 28870, 2018 (Reparaciones).

⁸ Correspondiendo a los expedientes: 55852, 2017; 58527, 2017; 57377, 2016; 53162, 2016; y 45739, 2013.

⁹ Expedientes: 45791, 2013; 25320, 2013; 35369, 2015; 47697, 2018; 47649, 2019; y 43705B, 2019

¹⁰ Expedientes: 18497, 2013; 19045, 2013; 24969, 2013; 18951, 2013; 22740, 2013; 26540, 2013; 24557, 2013; 25892, 2013; 24794, 2013; 25289, 2013; 28570, 2014; 29211, 2014; 27143, 2014; 27592, 2014; 29892, 2014; 29432, 2014; 32164, 2015; 28400, 2015; 36998, 2015; 36318, 2015; 24894, 2016; 39027, 2016; 37492, 2016; 36907, 2017; 38724, 2017; 50109, 2017; 38105, 2017; 36716, 2017; 36300, 2017; 37610, 2018; 45888, 2019; 41296, 2019; 42503A, 2019; 44063, 2019; 41360, 2019; 44352, 2019; 2019-160AC, 2019; 59676, 2019; 39328, 2019; 37689, 2019; y 46361, 2020.

¹¹ Expedientes: 32786, 2015; 36840, 2016; y 30313, 2015.

educación. En resumen, 5 de esos 11¹², se identificaron con el segundo supuesto de un riesgo inminente al derecho a la salud, y los demás encuadradas en el constreñimiento¹³. Sólo hubo un pronunciamiento donde se analizó la institución a la luz de la omisión de la declaratoria del estado de emergencia (Consejo de Estado, expediente 48186, 2019).

Una idea reiterativa de la jurisprudencia consiste en que, el constreñimiento para la justificar la omisión del contrato escrito, debe ser de tal envergadura que no admite cualquier forma de sometimiento para entenderse el ejercicio de su *imperium*, pues no basta la aquiescencia de recibir con las anotaciones de futura suscripción de prórroga o adición, partida presupuestal por aprobar, solicitudes verbales del producto, o requerimientos escritos del servicio, para que se entienda el constreñimiento, sino que es menester la imposibilidad de sustraerse a la orden (Consejo de Estado, expedientes 29211, 2014; 36300, 2017; y 40589, 2018).

En cuanto al segundo supuestos, la amenaza al servicio de salud tiene que ser inminente, dada la urgencia y necesidad de prestar el servicio en virtud de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el proceso de selección (Consejo de Estado, expedientes 29432, 2014; y 38724, 2017). Y con relación a los estados de urgencia, no ha habido mayor desarrollo, pues sólo un proceso lo abordó, pero lo descartó no probarse el estado de emergencia, tomando la decisión por la línea del daño continuado (Consejo de Estado, expediente 48186, 2019).

Independientemente del medio de control utilizado, en las controversias bajo la teoría de los hechos cumplidos, el Consejo de Estado direcciona la acción hacia la reparación directa, así es no haya sido invocado (Consejo de Estado, expediente 27143, 2014; 24894, 2016; y 42503^a, 2019); algo que si bien no podría darse cuando no se invoca este medio de control, como lo asevera Castro (2017, p. 172), ha sido un desarrollo interesante de la institución en términos procesales, pero con escasos o nulatorios efectos a la hora fallar, pues si bien se procesa la pretensiones, a la final se niega el derecho por no configurarse los supuestos unificados.

¹² Consejo de Estado. Expedientes: 25892, 2013; 27592, 2014; 29892, 2014; 24894, 2016; y 41233, 2017.

¹³ Expedientes: 19045, 2013; 24969, 2013; 28570, 2014; 36318, 2015; 37958, 20117; y 46361, 2020.

Para finalizar, es de resaltarse unas cuantas islas jurisprudenciales ajenas a la senda hermética que niega los restablecimientos por fuera del contrato, sobre las cuales apuntalar algunos cambios o morigeraciones de la posición. No en vano hubo unas pocas sentencias que concedieron por fuera de los supuestos, bien por la naturaleza del servicio prestado, o con compensación fundada en las sentencias disidentes a la unificación.

Esta idea se puede respaldar con lo expresado por la consejera Marta Nubia Velásquez, quien ha considerado con fundamento en la misma sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, que existen unos casos tipificados de enriquecimiento sin causa, y unos no establecidos taxativamente, pero que comparten las características de los primeros; pues, por cuestiones de justicia con quien, muy a pesar de no sujetarse a la legalidad en estricto sentido, no le es dable soportar la pérdida de su patrimonio, porque resulta irrazonable que lo padezca cuando se brindó un servicio necesario para lo público (Consejo de Estado, expediente 37492, 2016).

3. ACCIÓN PROCESAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El derecho de acción constituye uno de los pilares en los que se sustenta su teoría del derecho procesal, y como categoría autónoma, se erigió como la prerrogativa de acudir a la jurisdicción a demandar justicia institucional, al cual le han impreso, con el devenir de los tiempos, mayores contenidos axiológicos, y en esta medida, entendida como tutela efectiva del derecho constitucional, obliga a la realización material de los derechos subjetivos, a través del servicio estatal de la función jurisdiccional, y en esta medida aplicable en restablecimientos patrimoniales por enriquecimiento injustificado estatales; pero dicha tutela se vería desvirtuada en el plano procesal, con la mentada unificación de la figura jurídica a unos pocos casos, sin probabilidad de éxito para otros supuestos.

3.1 DEL DERECHO DE ACCIÓN Y SU FACETA FUNDAMENTAL

En una aproximación breve a los orígenes del derecho de acción, su categoría dogmática independiente surge con ocasión de la dogmática alemana del siglo XIX, cuando hace la distinción tajante entre derecho subjetivo y derecho al juicio, todo vez que anterioridad, en

quien radica la relación sustancial podía reclamarla cuando esta era vulnerada, activando la función estatal para restablecer ese interés, y por ello solo acudían ante los jueces quienes eran titulares del derecho, y la acción obtenía un papel servil al derecho sustancial. La acción sería el ejercicio autónomo de los derechos individuales (Marinoni, 2008, p. 4).

No obstante lo anterior, la distinción sirvió para vislumbrar que ajeno al derecho subjetivo, existía una circunstancia potestativa para dirigirse a la función jurisdiccional, bien como poder jurídico, ora como derecho autónomo, y se gesta la disociación derecho y acción, donde no solo se produce una simple separación de conceptos, sino el que se allana el camino de toda esa rama del derecho que se acostumbra llamar derecho procesal (Sánchez, 2018, p. 6).

Luego vino el refinamiento de la teoría por la escuela italiana, que entendió la acción como un derecho potestativo, y le adscribió una faceta pública (Toscano, 2013, p. 5), en el que se describió la existencia de dos tipos de relaciones, una clásica de carácter privada donde el derecho subjetivo tiene unas partes enfrentadas en litigio, y otra de cara al reclamante, pero para satisfacer su derecho ante el sujeto pasivo juez, cuyo contenido también es subjetivo, pero para accionar y resolver la *litis*. Talante definitivo en el derecho procesal de la posibilidad de ejercer la acción para activar la función jurisdiccional en resolución de litigios.

Dadas las nuevas realidades sociales, esta construcción dogmática del derecho de acción como fase científica entró en crisis, en atención a las alturas abstractas que alcanzó, y en busca de alcanzar instituciones que facilitaran el acceso a la justicia de grupos menos favorecidos, en consonancia de los nuevos pactos políticos elementales y el auge del constitucionalismo, la simple potestad de acción procesal empezó a ser permeada por el factor irradiante de este nuevo ambiente jurídico, y se convirtió en el derecho fundamental de acción.

La variación de las realidades políticas apuraron la revisión de las teorías estáticas del derecho de acción, este *“fue redefinido en términos de efectividad y trato equitativo: el derecho formal de formular una demanda, atribuido a los individuos, se transformó en el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un acceso a la justicia igualitariamente reconocido”* (Taruffo, 2009,

p. 33). Para el caso colombiano, Taruffo enseña que la acción entendida como un derecho al proceso integró la teoría constitucional, y constitucionalizó las garantías del proceso (p. 63).

3.2 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El propósito de movimiento constitucionalista apuntó a la eficacia de los derechos sustanciales, reforzando su protección procesal en el escenario de la judicatura, y por esto, en sintonía con la corriente en boga, por inspiración de la constitución española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se establece el derecho de todo persona a acceder a la administración de justicia, donde se puede apreciar la elevación del derecho de acción como derecho fundamental.

Convergen en una misma senda el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y el derecho de acción, el último para activar la jurisdicción bajo unos causes procedimentales, y el último para la prestación efectiva de la justicia, pero no por estos deben ser confundidas. Si se produce esta equívoco, habría lugar a un ensombrecimiento “...*porque se sabe que la tutela judicial efectiva depende de una acción también efectiva o idónea, es decir, de una acción vinculada a un procedimiento y a técnicas procesales capaces de permitir la tutela judicial efectiva*” (Marinoni, 2015, p. 46).

La tutela judicial efectiva en su ejercicio procesal fundamental, tiene un sujeto pasivo que es el Estado, y los obligados a garantizar la tutela constitucional serían sus poderes públicos, el legislativo en la configuración de mecanismos adecuados para la realización del derecho, y el judicial, para garantizar la consecución de decisiones justas. La tutela efectiva se convierte así en el derecho de los derechos, la meta-garantía de los derechos subjetivos.

Habilita a quien se considera titular de derechos para acudir a un órgano estatal imparcial, que le atienda, verifique su razón y, si procede, se le haga efectivo. En esta óptica la procura del acceso a la justicia por la tutela efectiva de los derechos, supone para esta última, que se den las condiciones procesales, tanto en el papel legislativo como en la operativa judicial (Pérez,

2018, p. 21), con técnicas y procedimientos adecuados, así como la interpretación idónea para las infinitas situaciones del universo jurídico, y sin preconcepciones limitantes de derechos.

Para el operador judicial acarrea la correcta verificación de los hechos importantes para la causa, a efectos de propender por una verdad material, con la conveniente identificación del apartado normativo o su interpretación, y la posterior aplicación al caso en concreto, sobre lo que la Corte Constitucional ha deducido la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la tutela judicial efectiva (Corte Constitucional, sentencia C-318, 1998), precisando que el operador judicial también debe promover e impulsar todas las condiciones que sean necesarias para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo.

3.3 JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Con la constitucionalización del derecho procesal, el acceso a la jurisdicción no se limita con el contacto con el operador judicial, sino que es menester una decisión de fondo respecto las pretensiones del litigante, por esto, obliga a la jurisdicción a no poder desvirtuar o descartar la pretensión invocada llevando a cabo una interpretación de las normas procesales de forma rigorista, pétrea o formalista. Los administrados tienen derecho a la tutela efectiva mediante una sentencia judicial de fondo, motivada, fundada y congruente (Sánchez, 2019, p.68).

Los supuestos bajo los cuales procedería el enriquecimiento sin causa en materia de contratación estatal, constituyen una limitación a los restablecimientos perseguidos cuando la administración aumenta el patrimonio sin escrito que sustente la prestación; y por lo tanto, acota una decisión de fondo para estas pretensiones, toda vez que, si bien se dotó al empobrecido con el medio de control de reparación para su reclamo, los resultados arrojan que, aun cuando sucedan o confluyan los elementos prototípicos del enriquecimiento, la sentencias se ceñirán a constatar sin más, la confluencia de las hipótesis de la unificación.

De la mano de los salvamentos de voto a la sentencia del 19 de noviembre de 2012, la primera hipótesis, esto es, cuando por culpa haya ejecuciones bajo imperio, constreñimiento o

imposición, claramente estaríamos frente a una situación típica de responsabilidad extracontractual, indemnizable a la luz del artículo 90 constitucional, y en este sentido, no habría lugar a la compensación patrimonial hasta la concurrencia del empobrecimiento, sino que es menester resarcir el daño y repararlo con integridad. No otra solución acarrearía un daño a causa de la administración, cuya fuente estaría en un hecho antijurídico indemnizable.

Con relación a los servicios para preservar o conjurar amenazas al derecho a la salud, o cuando se requieren ejecuciones con omisión de la declaratoria de emergencia del estado de emergencia, constituyen circunstancias que tienen como fuente de obligación para reclamar en la ley, puesto que el sistema de seguridad social consagra la facultad de recobrar las atenciones del derecho a la salud, tales como el Decreto 4747 de 2007 y la Resolución 3047 de 2008, y sus modificaciones. Mientras que la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 41, regula la manera de acordar y responder por los acuerdos celebrados en el marco de un estado de excepción. No en vano pocas veces se han invocado o resuelto estos dos últimos supuestos.

Aquí nugatoria aplicación habría, pues el demandante conservaría una acción principal de ley por el valor de la prestación, y no el mero costo. Además, se desconoce el rasero utilizado para escoger el derecho a la salud como el favorecido para el enriquecimiento sin causa, y no aquellos casos donde se ventilan también derechos de categoría fundamental como la educación o al medio ambiente, o cuando estamos en programas gubernamentales en favor de sujetos de protección especial como la infancia y la tercera edad.

Cuando se unificó la jurisprudencia sobre los hechos cumplidos, se actuó como legislador, toda vez que creó situaciones ajenas al caso analizado (Marín, 2019, p. 1), y se diseñó un cauce procesal que confunde los elementos de la institución con otras fuentes obligacionales, y se redujo a unos excepcionales casos sin criterio de selección, descobijando el análisis de situaciones donde realmente confluye un enriquecimiento con el correlativo empobrecimiento, carente de causa, amén de su tinte subsidiario, pero al no estar consagrados en la consabida sentencia, están exentos a una resolución de fondo, con auspicio de apropiaciones indebidas.

Para preservar la tutela de los derechos y asegurar la realización de los derecho subjetivos, es menester configurar mecanismos aptos para procesar pretensiones del titular de la relación jurídica, e interpretar los hechos, normas y procedimiento en lógica de asegurar la materialización del derecho, y estas condiciones se satisfacen cuando la decisión judicial contiene una justificación sobre la elección e interpretación de las normas aplicadas y sobre la valoración de los medios de prueba producidos en el proceso jurisdiccional.

Lo que no se cumple cuando se transmuta la esencia de la institución del enriquecimiento sin causa a unos supuestos fuera de su órbita, al punto de tornarla en inoperante, y justificando apropiaciones administrativas injustas, y donde, desde el inicio de la acción misma se coarta la posibilidad de tutelar derechos, y todo bajo la égida de la legalidad de las formas en contra de la parte débil, cuando el solo hecho de cubrir el costo del empobrecimiento, con la carga de soportado probatoriamente, sería suficiente castigo para el demandante.

Una sentencia arbitraria o irrazonable, desde el punto de vista de la fundamentación jurídica, es capaz de lesionar el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho. Y en la vertiente de lo contencioso, la jurisdicción administrativa se encuentra obligada a lograr una justicia eficaz, ajena a interpretaciones y prácticas formalistas que pudieran enervar su fin, y, por ello, debe proteger efectivamente los derechos procesales de las partes y efectivizarlos (Araujo, 2011, p. 28, 2011), sin entender un obrar de mala fe del contratista, cuando la omisión del contrato involucra a dos sujetos, uno más atado que el otro a la legalidad de las formas.

Existe diverso grado de vinculación de sometimiento de la administración al derecho. Es más densa cuando estamos en frente de actuaciones regladas, que cuando se ejercen las potestades discrecionales (Gil, 2017, p. 726), pero con fundamento en el principio de capacidad, al particular le asiste mayor libertad de acción, razón por la cual se acompasa en mayor grado con la tutela judicial efectiva que, cuando se ejecutan prestaciones en favor de entidades públicas sin el soporte contractual escrito, se analicen las condiciones de cada caso en concreto, sin pretermitir una decisión de fondo por la sola omisión de requisitos formales.

CONCLUSIONES

Los ordenamientos jurídicos con el objeto de preservar la equidad de las relaciones patrimoniales, en una loable labor ha configurado principios del derecho que suplan las falencias o lagunas del derecho para su integración, y por ello, el enriquecimiento sin causa ha sido empleado para los restablecimientos patrimoniales que no cuentan con fuente alguna para su compensación.

En esta monografía se pudo observar que en el sistema jurídico local, por los esfuerzos de la judicatura del derecho común en aplicar de manera subsidiaria este principio del derecho, en consonancia con corrientes doctrinarias vanguardistas, se acogió la figura del enriquecimiento sin causa, la cual fuera extendida también en la jurisdicción contenciosa administrativas, aplicable para aquellas entidades regidas por el estatuto de la contratación pública, en la teoría de los hechos cumplidos, donde se vislumbró la confrontación entre legalidad por la forma escrita de los contratos, su modificaciones o prórrogas, y la justicia perseguida en la restitución de apropiaciones indebida de la administración.

La fluctuación de las varias posiciones para interpretar el enriquecimiento sin causa en materia contenciosa, dependiente del énfasis del fallador, unos en estricta legalidad y otros en esmero de la equidad, conllevó a la expedición de la sentencia de unificación de 2012, la cual, a modo subjetivo, supuso un posición contraria la tutela efectiva de los derechos materiales de quienes fueron defraudados por la administración, porque no se podría restablecer su empobrecimiento, al no estar inmerso la situación en los tres casos unificados, los cuales no cumplen a cabalidad con los elementos de la institución. De ahí el llamado a pensar en cambios jurisprudenciales con mayor rigor argumentativo, y soluciones en derecho.

Se pudo reflexionar en este escrito que, al Juez de lo Contencioso le resulta intolerable la sustracción de la solemnidad para la formación del contrato estatal, así como tampoco le es dable al empobrecido, aun cuando la entidad ha recibido a satisfacción el traslado patrimonial, o haya proferido órdenes o solicitudes al respecto, sostener que por este hecho se produjeron los efectos propios del enriquecimiento sin causa, y en consecuencia, toda vez que el

ordenamiento proscribe la evasión del requisito escrito, no podría concederse el restablecimiento patrimonial, aun cuando ello suponga la negativa a resolver de fondo las pretensiones compensatorias, incluso cumpliéndose las exigencias propias de la institución.

La procura y garantía de los derechos es una tarea primordial de los estados constitucionales, especialmente en su faceta jurisdiccional, por lo que aquí se intentó poner en liza, los sacrificios que para la equidad de la relaciones patrimoniales supuso la providencia unificada del Consejo de Estado, la cual cercenó las compensaciones patrimoniales injustificadas, desde antes de acudir a la jurisdicción misma, en desmedro de la tutela judicial efectiva de derechos materiales, porque los empobrecimientos de terceros en favor de la administración pública, de manera injustificada verían naufragar sus pretensiones porque no están dentro en las causales impuestas, tal y como lo evidencia el escaso acogimiento de los reclamos así presentados.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista Estudios socio-jurídicos*, 13 (1), 247-291. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1513/1409> (consulta el 25/03/2020)

Arias, J. L. (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://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/444/pdf_30/ (consulta el 8/03/2020)

Benavides, J.L. (2014). *Contratos públicos, Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bohórquez, C.A. (2014). *El enriquecimiento sin causa en el derecho civil y administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Bohórquez, C.A. (2018). *El enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Castro, J.J. (2017). Alcance del principio *iura novit curia* en la responsabilidad del Estado colombiano. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 13 (1),169-189. Recuperado en <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4270/4047> (Consulta el 8/03/2020)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expedientes: 46362, del 6/02/2020, C.P. María Adriana Marín; 37689, del 30/10/2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 39328, del 19/09/2019, C.P. María Adriana Marín; 59676, del 12/08/2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 48186, del 12/08/2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 44822, del 29/07/2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 2019-00160AC, del 08/07/2019, C.P. Nicolás Yepes Corrales; 44352, del 19/06/2019, C.P. Alberto Montaña Plata; 41360, del 19/06/2019, C.P. Alberto Montaña Plata; 41972, del 19/06/2019, C.P. Alberto Montaña Plata; 44063, del 31/05/2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 42503A, del 31/05/2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 47649, del 16/05/2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 41759, del 8/05/2019, C.P. Alberto Montaña Plata; 41296, del 14 de marzo de 2019, C.P. María Adriana Marín; 43705B, del 22/02/2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 45888, del 24/01/2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 47697, del 10/12/2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 37610, del 3/12/2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 46120, del 13/11/2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 28870, del 18/10/2020, C.P. María Adriana Marín; 40589, del 9/07/ 2018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 36300, del 20/11/2017, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 36716, del 3/08/2017, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 38105, del 22/06/2017, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 41233, del 08/06/2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 50109, del 24/05/2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 37168, del 2/05/2017, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 38724, del 20/02/2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 36907, del 08/02/2017, C.P. Hernán Andrade Rincón; 37958, del 8/02/2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 37492, del 7/12/2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 37069, del 5/12/2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 39027, del 5/12/2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 36840, del 5/12/2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 49913, del 5/10/2016, C.P. Hernán Andrade Rincón; 30760, del 1/08/2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 24165, del 22/02/2016, C.P.

Danilo Rojas Betancourth; 31550, del 7/10/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón; 36318, del 7/09/2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 36998, del 31/08/2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 32786, del 26/08/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón; 35369, del 30/07/2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 36707, del 16/06/2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 25387, del 26/06/2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 30313, del 26/06/2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 28400, del 4/06/2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 32164, del 28/01/2018, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 27251, del 28/01/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón; 28321, del 12/12/2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 29432, del 25/11/2014, C.P. Hernán Andrade Rincón; 29892, del 31/07/2014, C.P. Danilo Rojas Betancourt; 27592, del 10/07/2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 27143, del 25/06/2014, C.P. Hernán Andrade Rincón; 29211, del 14/05/2014, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 28570, del 3/03/2014, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 27215, del 12/02/2014, C.P. Hernán Andrade Rincón; 27215, del 12/02/2014, C.P. Hernán Andrade Rincón; 26450, del 6/12/2013, C.P. Stella Conto del Castillo; 25289, del 21/11/2013, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 24794, del 24/10/2013, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 25320, del 9/9/2013, Enrique Gil Botero; 23827, del 2/09/2013, C.P. Hernán Andrade Rincón; 25892, del 29/08/2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 27417, del 24/07/2013, C.P. Enrique Gil Botero; 25254, del 11/07/2013, C.P. Enrique Gil Botero; 45791, del 11/07/2013, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 24557, del 10/07/2013, C.P. Hernán Andrade Rincón; 27530, del 02/05/2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 26540, del 5/04/2013, C.P. Stella Conto Diaz del Castillo; 24460, del 28/02/2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 22740, del 28/02/2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 18951, del 28/02/2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 24969, del 13/02/2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 19045, del 30/01/2013, C.P. Enrique Gil Botero; 18473, del 30/01/2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 21534, del 22/11/2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 24897, del 19 de noviembre 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 35026, del 22/07/2009, C.P. Enrique Gil Botero; 35026, del 22/07/2009, C.P. Enrique Gil Botero; 15662, 29/01/2009, C.P. Myriam Guerrero Escobar; 14669, del 7/07/2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 25662, del 30/03/2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 9409, del 11/07/1996, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; y 6822, del 10/09/1992, C.P. Julio César Uribe Acosta.

Corte Constitucional de Colombia (1998), Sentencia C-318/98. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1936). Sentencia radicado 62, 19 de septiembre. M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1940). Sentencia radicado 1961-3, 6 de septiembre. M.P. Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2012). Expediente 1999-00228-01, 19 de diciembre de 2012. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Coscolluela, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (84), 185-202. Recuperado de [file:///C:/Users/Usuario/ Downloads / Dialnet-Consideraciones Sobre ElEnriquecimiento InjustoEnElDe-1098042%20 \(5\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Consideraciones%20Sobre%20ElEnriquecimiento%20InjustoEnElDe-1098042%20(5).pdf) (consulta el 25/03/2020)

Diez-Picazo, L. (2011). *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

Gil, E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá: Temis.

Gómez, D., & Mora, F. (2012). *Las garantías constitucionales del particular contratista frente a la derogatoria aparte del inciso 2 del artículo 3° de la Ley 80 de 1993*. (Trabajo de grado para optar al título de magister en derecho administrativo). Universidad Libre de Bogotá. Disponible en [https:// repository .unilibre .edu. co /bitstream/handle /10901/7507/ Gómez Puentes DiegoRene2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7507/GómezPuentesDiegoRene2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Consultado el 8/3/2020).

Guillén, L. M. (2013). *Análisis del enriquecimiento sin causa en las contrataciones del estado*. (Trabajo de grado para optar al título de magister en derecho de la empresa). Pontificia Universidad Católica de Lima. Disponible en [http:// tesis .pucp.edu.pe](http://tesis.pucp.edu.pe)

/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5237/GUILLEN_VALES_LUZ_ANALISIS_ENRIQUECIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consulta el 8/3/2020).

Hernández, H. E. (2013). Los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano: criterios para la configuración del abuso del derecho. *Revista UIS humanidades*, (41), 123-137. Recuperado en <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/4935> (consulta el 8/3/2020).

Ibagón, M. L. (2014). *El principio de Estado de Derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. Bogotá: Ibáñez

López, M. J. (2009). El enriquecimiento sin causa en el derecho actual (las posibilidades y los límites de un instituto controversial. *Respositorio Universidad de Coruña*, (13), 363-398. Recuperado en <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/7517> (consulta el 18/4/2020).

Marín, F. G. (2018). Hechos cumplidos y la actio in rem verso. *Centro de Estudios de Derecho Administrativo*. Recuperado de <https://www.ceda.com.co/hechos-cumplidos-y-actio-in-rem-ver> (consulta el 8/03/2020).

Marinoni, G. (2008). El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (34), 185-202. Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/82-427-1-PB.pdf> (consulta el 19/09/2020).

Marinoni, L. (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.

Moura, V. (2016). El enriquecimiento sin causa en el estatuto de Roma II. *Revista uc3m*, volumen 8 (número 2), 123-137. Recuperado en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3261> (consulta el 8/3/2020).

Ospina, F. (2005). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.

Pérez, A. (2018). El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista de Derecho del Estado*, (14), 255-283. Recuperado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5321/6503> (consulta (25/03/2020)).

Prado, J.C. (2012). Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el art. 1158.3 del Código Civil Español. *Cuadernos de historia del derecho*, (18), 269-284. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4126296> (consulta el 8/3/2020).

Punzón, M. (2016). El alcance de la *actio in rem verso* en las normas de contratos del sector público. Especial referencia al enriquecimiento injusto o sin causa de la administración en materia de contratos. En R. Tapia (Ed). *Hacia el ámbito del derecho administrativo* (pp. 117-145). México: Ediciones Eternos Malabares. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5880584> (consulta el 8/3/2020).

Rebollo. M. (2006). Enriquecimiento injusto y nemo auditor en el Derecho Administrativo. *Cuadernos del derecho local*, (12), 7-37. Recuperado de <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/290> (consulta el 25/03/2020).

Sánchez, J. L. (2018). La acción procesal, entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. *Revista Nuevo Derecho*, volumen 14 (número 23), 1-23. Recuperado en <http://revistas.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/nuevodercho/article/view/1041> (consulta el 25/03/2020).

Sánchez, J. L. (2019). La acción procesal: desde la tutela judicial efectiva hasta el acceso a la justicia. Una aproximación a la dogmática procesal desde la teoría del derecho. (Trabajo de grado para optar al título de magister en derecho procesal). Universidad de Antioquia. Disponible en: Repositorio UdeA (Consulta 9/09/2020).

Santofimio, J. O. (2017a). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. O. (2017b). *Tratado de derecho administrativo: derecho de víctimas y responsabilidad del estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santos, I. D. (2012). *La responsabilidad del estado legislador por las leyes tributarias inconstitucionales y el enriquecimiento sin causa*. (Trabajo de grado para optar por el título de doctor en derechos y garantías del contribuyente). Universidad de Salamanca. Disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121145/DDAFP_DaSilvaSantosFilhoItamar_Itamar.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consulta el 8/3/2020).

Silva, F. M. (2017). *De la teoría del cuasicontrato administrativo a la realidad jurídica del convenio de pago*. (Trabajo de grado para optar por el título de doctor en derechos y garantías del contribuyente). Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5734> (consulta el 8/3/2020).

Taruffo, M. (2009). La protección judicial de los derechos en un Estado constitucional. En M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (págs. 31-39). Madrid: Marcial Pons.

Timpson, C. (2013). La acción de enriquecimiento sin causa. *Revista de Ciencias Sociales y Humanísticas Universidad de Panamá*, 15(1), 87-110. Recuperado de <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream> (consulta el 8/3/2020).

Toscano, L. F. (2013). Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" desde la acción procesal. *Revista de Derecho Privado* (24), 237-257. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486>[Consulta el 25/03/2020].

Useche, J.A. (2014). *El enriquecimiento sin causa y su aplicación en materia contencioso administrativa en Colombia*. (Trabajo de grado para optar al título de maestría en contratos públicos y privados). Universidad Santo Tomás de Bogotá. Disponible en

[https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2528/Usechejaimeanx1.pdf?sequence=2
&isAllowed=y](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2528/Usechejaimeanx1.pdf?sequence=2&isAllowed=y) (consulta el 8/3/2020).