



Enriquecimiento sin causa en los contratos públicos

Juan Esteban Alzate Ortiz¹

Introducción

El siguiente tema puesto en estudio no está tratado en la reforma de las normas de contratación pública, pero sí existe controversia desde el punto de vista jurisprudencial.

En materia de los contratos estatales en nuestro país, hay tener en cuenta que Colombia es uno de los Estados que tiene un régimen especial para la contratación estatal diferente a la que rige para los contratos privados. Esta particularidad no es generalizada en el mundo; existen casos excepcionales que abarcan ambas líneas en algunos pocos países.

Hay algo que tiene un carácter pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia desde hace muchos años: el contrato estatal es esencialmente solemne. Como lo plantea el doctor Juan Carlos Expósito se puede hablar de la existencia de formas y formalidades; formas como

1 Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

el recipiente donde se vierte la voluntad del Estado y formalidades son los distintos pasos que hay que desarrollar en las etapas precontractual, contractual y pos contractual, pero fundamentalmente desde el punto de vista de la existencia del contrato estatal, el contrato es esencialmente solemne. En ese orden de ideas, en Colombia no es posible realizar obras para entidades o agencias del Estado sin que se haya suscrito o perfeccionado un contrato. En otros escenarios jurídicos puede ser viable. Ejemplo: en España se admite la existencia de un contrato aunque el mismo haya nacido con irregularidades. En cambio, en Colombia un escenario de esta condición se toma como “una inexistencia en el contrato” y no se califica como una invalidez en el contrato o una amenaza de nulidad del mismo. En España cuando alguien ejecuta una prestación a favor del Estado sin contrato formalizado, se reconoce la existencia del mismo, pero se declara la nulidad del contrato.

En Colombia, las normas que reglamentan el perfeccionamiento del contrato y los requisitos de ejecución son normas de orden público. Son normas de obligatorio cumplimiento que no están a la libre disposición de las partes, por eso, cuando se ejecutan prestaciones a favor del Estado sin que se haya perfeccionado el contrato, las partes suponen que hay aceptación de que el Estado obviamente no pagará esos servicios. En ese caso, se configura un escenario de “procesos cumplidos”. Cuando un particular ejecuta prestaciones y luego decide reclamar ante la jurisdicción todos los recursos que invirtió en esas prestaciones, obras o servicios al Estado debe acudir mediante la pretensión de enriquecimiento sin causa, porque específicamente no hay un contrato, es decir, se generó algo por fuera de las fuentes tradicionales de las obligaciones. Esta situación ha sido pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Otra cosa sería si esa pretensión de enriquecimiento sin causa se ventilara mediante una acción de reparación directa o de la acción *in rem verso* que es la acción que, por naturaleza, establece el Código

Civil; algo que ha sido un tema de discusión en la jurisprudencia. Pero el asunto medular en la discusión es que no hay contrato, el contrato es inexistente; luego no podrá ventilarse nada dentro de ese escenario. Se debe plantear un caso de enriquecimiento sin causa y la discusión se dará en la sede jurisdiccional. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido varias etapas con respecto a cómo ha resuelto la cuestión o las pretensiones de enriquecimiento sin causa, dentro de las prestaciones que se ejecutan a favor de un Estado sin existencia de un contrato estatal.

Décadas 1980 – 2006. En esta etapa el Consejo de Estado de forma pacífica reconocía con gran facilidad la restitución del patrimonio al empobrecido siempre y cuando demostrara que había algún tipo de mediación de la administración, es decir, que la administración solicitara que el bien o servicio de una forma irregular porque sí hubo contrato; o sea, existió un mensaje, un escrito, nota, correo o alguna reunión que mediara la prestación, de manera que se puede inferir que la obra en discusión haya sido determinada en beneficio del Estado. Así las cosas, se reconocía fácilmente la procedencia del enriquecimiento sin causa y se daba la posibilidad de reparar a la persona que resultaba empobrecida, en el entendido de que la restitución solo puede ocuparse del reintegro del patrimonio, frente a un enriquecimiento sin causa. Ante la ausencia de causa jurídica es posible pretender una indemnización de perjuicios que incluya otros valores inmersos a la pretensión.

Auto del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662. A partir de este auto la vía administrativa adopta una postura restrictiva para que prospere el enriquecimiento sin causa. El Consejo de Estado dijo que en un escenario donde un particular ejecutaba unas prestaciones a favor del Estado sin el lleno pleno y satisfactorio de los requisitos para el perfeccionamiento de un contrato –las formas y formalidades–, sin el respeto de todos los reglamentos propios de la etapa precontractual y mucho menos los del contrato. Establece

que si bien el empobrecido no puede alegar su propia culpa para obtener algún tipo de reparación, la primacía de la ley no lo exime de responsabilidad; por ende, quien resultó empobrecido tuvo que haber entendido y sabido que tenía que firmar un contrato y respetar las formas y las formalidades. Como se encuentra cierta culpa en el empobrecido –por no haber firmado el contrato– ese servicio, obra y lo demás que hizo no será reconocido por el Estado.

En época de este Auto del expediente 25.662, no se hablaba de sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo que permitía que se fluctuara en las distintas sub-secciones de la sección tercera de la Corporación (compuesta por nueve magistrados). En algunos casos se accedía a la pretensión, en otros no.

Sentencia de unificación del Consejo de Estado, expediente 241.997 del 19 de noviembre del 2012. En esta sentencia el Consejo de Estado termina de cerrar la posición y toma una postura mucho más restrictiva. No obstante, sostiene y mantiene que el empobrecido no puede alegar su propia culpa porque él tuvo que haber aplicado y conocido las normas de orden público que imponen el perfeccionamiento y ejecución de los contratos. Además, establece tres únicas causales para que proceda el enriquecimiento sin causa; es decir, la figura la vuelve restrictiva.

Lo interesante es observar cómo después del fallo de unificación del Consejo de Estado, el mismo ente se empieza a retractar o a dictar unos fallos maquillándolos con la sentencia de unificación para conceder la restitución del patrimonio.

Presupuestos del enriquecimiento sin causa. 1 Existe un enriquecimiento a favor de una de las partes; 2. El empobrecimiento de otro patrimonio es consecuencial con ese enriquecimiento; 3. Se exige que haya una relación causal; 4. No puede existir otra causa jurídica que sustente ese traslado patrimonial. Causa jurídica entendida como ley, contrato, cuasicontrato.

Lo que se quiere analizar es que, en el primer y segundo elemento del enriquecimiento sin causa, esto es, el enriquecimiento de un patrimonio que en este escenario sería el Estado y el empobrecimiento que sería el que pudo experimentar el contratista, el que prestó el servicio o que ejecutó la obra, para que el empobrecido pueda alegar el restablecimiento del patrimonio tuvo que haber actuado con buena fe. Y, el elemento de la buena fe es trabajado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en esta sentencia y anuncia que la buena fe del empobrecido tiene que alegar la buena fe objetiva.

El hecho cumplido se puede dar en muchos casos en el derecho administrativo y sobretodo en el sector público. Pero, si se relacionan hechos cumplidos con delitos de contratación estatal resultan tres escenarios bastante diferentes:

- A. El más reprochable que es cuando una persona ejecuta una prestación a favor del Estado sin que haya existido un contrato, claramente hay un hecho cumplido en la medida en que se ejecutaron las prestaciones sin que se cumpliera con la normativa de perfeccionamiento del contrato.
- B. El más recurrente y problemático. Con relativa frecuencia ocurre que adicional a un contrato formalizado, se termina ejecutando otras obras o servicios adicionales a los pactados en el contrato, ya sea por una situación urgente en materia de obra pública o porque en los procesos de selección de los contratistas se presentan demoras que exigen ampliación de términos. Ocurre, por ejemplo, que un contrato para proveer el servicio de vigilancia en una entidad u obra del Estado, se le vence el término mientras la nueva licitación no se ha logrado cerrar y el nuevo contrato está aún por formalizar; se le pide entonces al nuevo seleccionado o al anterior confirmado que empiece a ejecutar o continuarlo sin el lleno de los requisitos formales, con la alternativa de que “posteriormente se pagarán esos servicios.

En la Cámara de Representantes en Colombia ocurrió un caso de este tipo. Fue con el contrato de la fotocopidora que atendía necesidades para el funcionamiento de la Corporación, el plazo del contrato expiraba y el de la nueva selección estaba aún con pendientes. Lo usual era que se obligaba a que la persona encargada de las copias siguiera en sus labores de prestación de servicio sin el contrato, mientras se ultimaba el proceso de contratación.

Esta modalidad se considera una obra adicional o de extensión del mismo objeto del contrato. Es una situación frecuente y problemática; es una prestación a favor del Estado sin que existe un contrato legal.

C. El que no se ventilará para efectos del enriquecimiento sin causa:

Es posible que el contrato estatal se perfeccione, pero es posible que no se cumpla con los requisitos de ejecución del contrato, respecto de lo cual se tiene que si bien es cierto que hay un hecho cumplido y los problemas que se generen después de la ejecución material de las obras o servicios por no acatar los requisitos de la ejecución del contrato, los mismos deben ser ventilados mediante una acción contractual porque el contrato estatal está perfeccionado.

Buena fe objetiva. Es deber de conducta indispensable en las relaciones jurídico-negociables. Se habla de un deber de consulta de una persona con relación a otra en un negocio jurídico o en un contrato. Cuando se presenta un caso de enriquecimiento sin causa porque el particular ejecutó una obra o prestó un servicio sin la debida formalidad de un contrato, cabe la pregunta: ¿será que es la buena fe objetiva la que se puede exigir al empobrecido para que prospere la restitución patrimonial? La buena fe objetiva no solamente es creer sino manifestar ciertas conductas y adoptar los comportamientos adecuados, asertivos, consecuentes; es una regla fundamentada en honestidad, rectitud, lealtad y en consideración e interés del otro.

En Colombia se encuentra esta disposición en el artículo 1503 del Código Civil. Le da un sustento a la buena fe objetiva, en especial, en los casos contractuales. Por consiguiente, hay una obligación por

parte de los extremos de la negociación jurídica: deben actuar con honestidad respecto a la otra parte.

En el artículo 863 del Código del Comercio se dice que las partes deben proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Y, es un error porque lo que consagra la norma no es una buena fe exenta de culpa sino lo que se entiende como la buena fe objetiva que puede ser pasiva o activa:

- Activa: sujeto que tiene que ejecutar la conducta.
- Pasiva: sujeto que espera a que el otro individuo actúe con honestidad y legalidad.

Buena fe subjetiva. Se considera como un estado de ignorancia o de error; una creencia o pensamiento cargado de una situación psicológica. Cuando se cree que una situación es A cuando realmente es B, es decir, el sujeto se encuentra en una posición ilícita, pero él está convencido que hace lo correcto. No está tan encaminada a las relaciones contractuales entre los individuos, sino que depende más de la persona que siente esa buena fe subjetiva con su propia creencia; es decir, no está condicionada hacia el otro.

El artículo 768 del Código Civil, considera la buena fe de posesión, como: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”.

La buena fe subjetiva puede ser simple o cualificada, o exenta de culpa.

- Buena fe simple: Se agota específicamente en esa mera creencia.
- Buena fe exenta de culpa: Aunque sigue siendo subjetiva, tiene un pequeño evento que es objetivo. En este caso no se agota la mera creencia sino que existe un elemento objetivo que se evi-

dencia en hacer las averiguaciones pretendientes en beneficio propio. Es decir, mientras que la buena fe objetiva implica un deber de conducta en beneficio para la contraparte del negocio jurídico de un contrato; la buena fe exenta de culpa es subjetiva, es una creencia pero además hay unas verificaciones y unos cuidados que tiene la persona, pero para su propio beneficio, para que tal persona no salga afectada en la situación en la que está interactuando. Por ejemplo, si alguien compra un inmueble y acude a la oficina de instrumentos públicos por un certificado de libertad y tradición para saber si el individuo que lee está ofertando sí es realmente el propietario de ese bien. En este caso hay una buena fe exenta de culpa porque la gestión de ese comprador contribuye a evitar problemas. La justicia protege este tipo de acciones; mientras que si se actúa con buena fe objetiva es un deber de conducta frente a la otra parte del negocio jurídico, mientras que la buena fe exenta de culpa que es subjetiva –una simple creencia– y se hace un ejercicio de verificación en busca del bienestar propio.

El Consejo de Estado, en la sentencia de unificación, dice que para que el empobrecido pueda obtener algún tipo de restitución del patrimonio, tuvo que haber actuado con buena fe objetiva. No obstante, cuando se está frente a un enriquecimiento sin causa se sabe que es una situación irregular; ya se ejecutaron unas prestaciones sin que haya surgido un contrato, por consiguiente, ya hay algo que está viciado gracias a esa irregularidad y hay que aceptarlo. El asunto es que dentro de la concepción que hace el Consejo de Estado, se considera que las normas que hablan de perfeccionamiento del contrato estatal son normas de orden público y que la ignorancia de esto no exime de responsabilidad. Cuando se hace la afirmación respecto a las normas del orden público se suprime –por así decirlo– el elemento de la buena fe que hace parte del enriquecimiento sin causa, en la medida en que no es posible tener un comportamiento honesto hacia la otra

parte. El argumento no será válido si no se presentaron debidamente las propuestas para contratar, si no hubo contrato. El hecho de que alguien reconozca la ignorancia hacia las reglas del perfeccionamiento de un contrato –que son de orden público– impide alegar presencia de buena fe.

Frente a esto se pueden formular unas críticas puntuales asociadas al hecho de que la buena fe es un principio y el mismo no puede eliminarse por una regla que establezca el Consejo de Estado en una sentencia de unificación, donde supedita al empobrecido a asumir todas los riesgos y pérdidas derivados de una actividad contractual irregular, cuando se ha prestado el servicio previamente a la legalización del contrato. Lo interesante es que el Consejo de Estado centra sus ojos en el empobrecido que ejecutó la prestación, pero no se está preguntando en esta etapa: ¿Y el Estado qué?, cuando le dice que continúe ejecutando la prestación del servicio; y en ese orden de ideas ¿Dónde está la responsabilidad y la buena o mala fe del ente administrativo? Frente a esta cuestión surgen tres escenarios donde el Consejo de Estado autoriza la figura, y la reclamación se cierra fácilmente con fundamento en la omisión al cumplimiento de las normas de orden público, atribuible a la entidad estatal, sin tener que alegar o discutir su actuación de buena fe o de mala fe.

Una situación problemática es que en los casos en que por más buena fe objetiva que se configure, no puede decirse que el deber de conducta de honestidad frente al otro es acatar efectivamente el ordenamiento jurídico; el Consejo de Estado casi dice que la buena fe objetiva es actuar siempre como lo dispone o establece el ordenamiento jurídico para el perfeccionamiento de los contratos; esto lo que hace es eliminar el alcance del principio de buena fe.

¿Por qué el Consejo de Estado eligió la buena fe objetiva que opera en el enriquecimiento sin causa? Si vamos a los preceptos constitucionales quizás nunca haya una distinción ¿Y por qué no es la buena fe exenta de culpa?, la razón es que la buena fe objetiva es la que

se predica frente a los contratos, sabiendo que no hay realmente un contrato porque no se pudo perfeccionar y además la buena fe objetiva que sea, sigue teniendo una consideración y es que parte del interior del individuo que se manifiesta frente al otro, es decir, que no desprecia la materia psicológica dicho en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el año 1938. Evidentemente hay un error porque así el Consejo de Estado quiera proteger la transparencia y evitar la corrupción no puede encerrar el principio de buena fe convirtiéndola en una regla.

Por ello se concluye que la buena fe no puede tener parámetros absolutos y plenamente definidos, sino que se debe analizar cada caso en específico. Hay escenarios en donde los enriquecimientos sin causa no se pueden cerrar solo por el aspecto mencionado de ser calificado como de orden público. Tampoco limitarlo por el temor a la corrupción, porque se vulneraría la protección contractual en todos los casos.

Causales de procedencia de enriquecimiento sin causa. El Consejo de Estado dice –no obstante, lo anterior– establece tres escenarios:

1. En los casos es los que se acredite, de manera clara, que fue, exclusivamente, la actuación de la entidad pública –sin participación y sin culpa del particular afectado–, porque dada su supremacía, libertad e imperio constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones, o el suministro de bienes y servicios a su beneficio, por fuera del contrato original.

Frente a lo anterior, cabe la siguiente **crítica**: El constreñimiento por parte del Estado es una falla administrativa que tiene posibilidad de repararse mediante la acción y el control de reparación directa. Efectivamente se configura una causa jurídica que se nombra como: constreñimiento ilegal de la administración.

2. Cuando la administración, aduce la necesidad perentoria de hacer obras o adquirir bienes y servicios requeridos con urgencia para

proteger un derecho fundamental, en especial la salud. Por ejemplo, un evento urgente cuya atención exigió contratar y pagar una ambulancia o los respectivos medicamentos. En este escenario el Consejo de Estado procede a reconocer el enriquecimiento sin causa, pero aclarando que la decisión de la administración debe cumplir con los requisitos de urgente, útil, necesaria y más razonable ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar esa decisión.

Este autor expone como **crítica**, que el Consejo de Estado olvida que hay otros derechos fundamentales que pueden estar en juego.

3. Corresponde a los casos en los cuales se declara noticia manifiesta, según el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 referido a la urgencia manifiesta, sin que la administración haya emitido un acto administrativo para dar a conocer la urgencia, sino que, directamente, ordenó la construcción de una obra o la prestación de servicios.

Sobre este punto el autor expone como su **crítica** que la naturaleza de la urgencia manifiesta da la posibilidad de que se presente un contrato sin perfeccionado.

De las grandes dificultades que gravitan a diario sobre la administración, es entender que la administración estatal, cuando ejecuta su función administrativa, no está simplemente ejecutando la ley, sino que implica demasiadas variables, como afrontar situaciones y problemas aún no contempladas por la ley. Cuando el Consejo de Estado pretende con los fallos de las sentencias de unificación volver reglar los principios, encierra el cauce jurídico del ordenamiento de la administración y de la eventualidad, que se presentan en casos en los cuales, no necesariamente, configuran una defraudación al patrimonio del Estado y a la gestión contractual, sino que son situaciones reales de urgencia que deben ser atendidas de manera expedita. Al respecto cabe remitir al lector a los casos ya referenciados y objeto de la intervención del Consejo de Estado, uno de ellos el 2013-19045, del 30 de enero de 2013, que resolvió el posible constreñimiento ilegal

del Estado al contratista que fue obligado a prolongar la prestación de sus servicios de vigilancia en una entidad pública. En la vida real encontrar una situación de constreñimiento ilegal es complicado, a menos que se llegue a demostrar que a los prestadores del servicio se les obligue por medios violentos superar los objetos del contrato vencido; lo usual es que mediante un correo electrónico por parte de la administración, se le avise al prestador del servicio que se prolongarán los términos del contrato vencido, y que ello tendrá la debida remuneración.

En la sentencia derivada del expediente 24.969 de 2013 se asume el caso del servicio de fotocopiado en la Cámara de Representantes, en el cual una vez superados los términos del contrato, se solicita la contratista continuar extracontractualmente. Se habla aquí de un constreñimiento ilegal de la entidad pública (Cámara de Representantes).

Se debe aclarar que en el enriquecimiento sin causa solo se puede alegar por la restitución del patrimonio, mas no de indemnizaciones por perjuicios. En el caso en que el Estado contrate a un arquitecto para el diseño de unas obras y el Estado le pague sin existencia de un contrato, ¿será que se podrá pedir el lucro cesante, es decir los materiales requeridos? O, ¿cómo se valora el empobrecimiento o desgaste de lo que es la producción intelectual? Como se aprecia, existen escenarios en los que el mismo Consejo de Estado termina reconociendo intereses y lucro cesante, como cuando ordena la restitución del patrimonio o reconoce las utilidades; muy parecido a los efectos asociados a la nulidad del contrato. Cuando se anula el contrato puede existir la posibilidad de reconocer lo que efectivamente se ejecutó.