

## DIRECTIVA 019 DE 2018

(Julio 30)

**Para: SECRETARIOS (AS) DE DESPACHO, DIRECTORES (AS) DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES PRESIDENTES (AS) Y DIRECTORES (AS) DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL DISTRITO, SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SOCIEDADES PÚBLICAS, EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, ALCALDES Y ALCALDESAS LOCALES Y RECTOR DEL ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO.**

**De: SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL**

**Asunto: MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN RELACIÓN AL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA Y LOS HECHOS CUMPLIDOS**

En virtud de las funciones señaladas para la Secretaria Jurídica Distrital en el Decreto [323](#) de 2016, y especialmente con el fin de generar lineamientos de prevención del daño antijurídico, respecto de las actuaciones desplegadas por los intervinientes en la actividad contractual que puedan enmarcarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, para que sean tenidos en cuenta, con el fin de contribuir al adecuado desarrollo de la actividad contractual.

### **I.CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia establece: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”*

A su vez, el artículo 209 ibídem dispone: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

De otro lado, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, indica: *“ DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con*

*arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

Así las cosas, las entidades, organismos y órganos distritales, en materia contractual, deben cumplir con el régimen jurídico aplicable según corresponda, teniendo en cuenta los principios de la función pública y de la contratación estatal, para preservar el Ordenamiento Jurídico, el interés general, con el fin de garantizar la seguridad jurídica para los intervinientes e interesados de los procesos contractuales.

En este sentido, y en virtud del principio de legalidad, los servidores públicos y los particulares en ejercicio de funciones públicas, deben cumplir estrictamente las normas especiales de contratación, bien sea las establecidas en el Estatuto General de la Contratación Pública o en las relativas a los regímenes especiales de contratación, tales como, legislación civil y comercial, normas de creación, estatutos, manuales o procedimientos adoptados internamente.

Ahora bien, los anteriores conceptos básicos son plenamente conocidos por los ordenadores del gasto, los operadores contractuales y los particulares o entidades que pretender colaborar con el cumplimiento de los fines estatales, sin embargo, los mismos no siempre son cumplidos a cabalidad, motivo por el cual, el derecho se ha ocupado de regular estas situaciones.

### **Enriquecimiento Sin Justa Causa.**

Esta teoría parte de la concepción de justicia y equidad como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, con la cual no se concibe un traslado del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente. Este concepto, debe entenderse no sólo cuando ingresen bienes al patrimonio de un sujeto, sino también cuando se evita una erogación.

Ahora bien, la Teoría del Enriquecimiento sin Justa Causa ha tenido una evolución jurisprudencial en el Consejo de Estado, sobre todo, en la definición de la acción o medio de control por medio de la cual se debe invocar. Estas diversas posturas se recogen en la Sentencia de Unificación de 19 de noviembre de 2012, radicado No. 24897, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio. Tesis ratificada en la sentencia del 7 de diciembre de 2016, dentro del expediente No. 37492 y sentencia del 8 de febrero de 2017, dentro del expediente No. 37958, la cual fijó la posición actual del Consejo, así:

*“El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso son dos instituciones distintas, cuya diferencia se concreta en la idea de que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la*

*cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general”<sup>[1]</sup>*

*“La Sala encuentra indispensable resaltar el carácter subsidiario de la acción in rem verso y considera que, para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones sin que exista el contrato, o cuando, como en el presente caso el contrato no es ejecutable, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes al efecto.*

*“Advierte también que, conforme lo ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia nacional, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa impone la concurrencia de todas las condiciones que la configuran, sin que resulte suficiente demostrar únicamente la existencia de un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento.*

*“La aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa, para resolver situaciones como las señaladas, ha comportado la omisión de requisitos especialmente relevantes, cuales son que “el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”; que “mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa” y que “el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”.<sup>[2]</sup>*

*“Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios.”*

*“De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.*

*“También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente*

sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.

(...)

Así las cosas, la Sala reconoció, hasta el año 2009, el carácter autónomo del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa y de la actio in rem verso como mecanismo procesal adecuado para ventilar las controversias que tuvieran como fundamento dicho principio, sin embargo, atendiendo el carácter extracontractual de dicha pretensión lo ubicó dentro de las hipótesis de **procedencia de la acción de reparación directa, tratándolo como un hecho administrativo.**

(...)

Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia<sup>[3]</sup> a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831<sup>[4]</sup> del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.” (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, en la precitada Sentencia, el Consejo de Estado estableció las características de la Actio In Rem Verso, así:

“a) Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado.

Sobre este elemento definitorio, la doctrina autorizada ha precisado:

“La jurisprudencia, adoptando la fórmula de Aubry y Rau ha determinado que la acción sólo puede ser iniciada si el demandante no dispone de ninguna otra acción surgida de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito...”<sup>[5]</sup>

“b) En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil.

*“c) Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.*

*“Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio.”*

La Teoría del Enriquecimiento sin Justa Causa en materia contractual, se podría configurar por el desconocimiento del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

***“DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.***

***Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.***

*Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.*

*En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.*

*A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.*

***PARÁGRAFO 1o.*** *El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.*

*El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.” (Negrilla fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, se tiene que el perfeccionamiento de los contratos, además de acordar el objeto y la contraprestación, debe cumplir con la solemnidad de ser elevados a escrito, agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador o el régimen especial, exceptuándose de esta regla, los realizados en ejercicio de urgencia manifiesta, respecto de los cuales se permite la consensualidad.

Es importante recordar que, las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y, por lo tanto, inmodificables e inderogables por las partes o sus destinatarios.

### **Hechos Cumplidos**

Los hechos cumplidos se consolidan cuando se adquieren obligaciones, sin que medie soporte legal que los respalde, es decir, se eleve a escrito la obligación, y cuando existiendo tal formalidad; antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa, o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.

En este sentido, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, establece los siguiente:

***“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.***

*Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.*

*En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*

*En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.*

(...)

*Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).” (Negrilla fuera de texto)*

El desconocimiento de la normativa anterior, puede llevar a situaciones constitutivas de los denominados hechos cumplidos, como se observa a continuación:

- Vulneración de las solemnidades legales al no elevar a escrito el acuerdo entre el objeto y contraprestación y por consiguiente la prestación del servicio o ejecución de la obra sin soporte contractual.

- La presunta asunción de obligaciones a cargo de la Entidad y la consecuente orden de ejecutar actividades, prestar servicios, realizar obras o recibir bienes, sin que el acto o contrato cuente con la afectación presupuestal debida.

- Adiciones o modificaciones al contrato inicial, sin que consten por escrito o sin soporte presupuestal, derivadas de órdenes al contratista de ejecutar o cumplir con algo que no esté incluido en el contrato principal.

Reconocimiento de obras, bienes o servicios no pactados en el contrato, en la etapa de liquidación.

Lo anterior, bajo el entendido que el Consejo de Estado ha precisado que la tesis o regla general respecto de la imposibilidad de reconocer los “*hechos cumplidos*” que pueden derivar en enriquecimiento sin justa causa, no es absoluta, en atención a la presencia de eventos en los cuales es posible y además justo remunerar este enriquecimiento, pese a la falta de contrato con las formalidades que exige la ley.

## **II.LINEAMIENTOS**

En vista de lo anterior, la Secretaría Jurídica Distrital, se permite dar los siguientes lineamientos, para que sean tenidos en cuenta al momento de satisfacer las necesidades de las entidades, organismos y órganos Distritales o, ejecutar los contratos debidamente celebrados:

2.1 Las Entidades Distritales destinatarias de la presente Directiva, tendrán en cuenta que la inobservancia del Ordenamiento Jurídico, en cuanto a la ejecución de actividades sin contrato, no justifica *per se* el pago de las prestaciones posiblemente causadas.

En este sentido, este reconocimiento no se puede hacer de manera directa en los Comités de Conciliación, toda vez que el mismo requiere un debate judicial previo.

2.2. No procede la invocación de la buena fe para justificar la procedencia de la Actio In Rem Verso, ya que el desconocimiento de la ley constituye, *per se*, una “presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.” [\[6\]](#).

2.3. Es posible, y además justo y equitativo, remunerar el Enriquecimiento sin Justa Causa – Actio In Rem Verso, que se produzca, pese a la falta de contrato con las formalidades que exige la ley, en los siguientes supuestos:

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

b) *“En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo”.*

c) *“En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993”.*[\[7\]](#)

2.4. Las situaciones constitutivas de Enriquecimiento sin Justa Causa, descritas en el numeral anterior, pueden reclamarse mediante la acción de reparación directa, dentro del término de caducidad de dos años, contados a partir de la consolidación del daño, el cual se configura cuando la entidad le comunica al contratista sobre la imposibilidad de pagarle.

2.5. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto que se pruebe del enriquecimiento.

2.6. En el evento de configurarse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal por el servidor público o particular en ejercicio de la función pública, se iniciarán las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales, sin perjuicio del inicio de la acción de repetición.



2.7. Las entidades, organismos y órganos Distritales, atenderán la solemnidad a la que están sometidos los contratos Estatales, según la cual el acuerdo entre el objeto y la contraprestación se elevará a escrito<sup>[8]</sup>, e igualmente, darán cumplimiento a los requisitos de índole presupuestal necesarios para contraer la obligación (expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal), y para ejecutar el contrato (expedición del Certificado de Registro Presupuestal). De igual manera procederán frente a las modificaciones, adiciones o prórrogas contractuales.

Por lo tanto, los responsables de la actividad contractual actuarán con la diligencia debida a fin de prevenir la materialización de situaciones que puedan constituir enriquecimiento sin justa causa y reclamaciones de los contratistas afectados.

2.8. La actividad contractual debe ceñirse a los postulados de la buena fe objetiva<sup>[9]</sup>, la cual debe estar presente en el *iter* contractual, es decir, antes, durante y después del contrato.

2.9. El personal responsable de desarrollar la actividad contractual debe conocer y acatar la regulación legal y reglamentaria, siempre en el marco de los principios constitucionales que la amparan. Por lo tanto, es importante que la normativa interna del Distrito Capital estandarice los procedimientos y adopte medidas para fortalecer las buenas prácticas en materia de contratación.

Cordialmente,

**DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO**

**Secretaria Jurídica Distrital**

#### **NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

<sup>[1]</sup> Consejo de Estado. Sentencia de veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026).

<sup>[2]</sup> En el derecho comparado, Marcelo López Mesa (2009, p. 378) establece como presupuestos del enriquecimiento sin causa los siguientes: 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 se 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 y* 8) *La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.*

<sup>[3]</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

<sup>[4]</sup> Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

<sup>[5]</sup> Cita textual del fallo: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Ob. Cit., pág. 267.

<sup>[6]</sup> Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

<sup>[7]</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Unificación. 19 de noviembre de 201. Radicado No. 24897. C.P. Jaime Orlando Santofímio Gamboa.

<sup>[8]</sup> Se exceptúan de la afirmación anterior aquellos contratos que deban ejecutarse ante la declaratoria de urgencia manifiesta, para lo cual bastará el acuerdo de voluntades.

<sup>[9]</sup> “*Consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el*

*deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.”(Negrilla fuera de texto). Consejo de Estado. Sentencia de Unificación. 19 de noviembre de 2012. Radicado No. 24897. C.P. Jaime Orlando Santofímio Gamboa.*

Proyectó: Mónica María Cabra B – Contratista - Dirección Distrital de Política e Informática Jurídica  
Revisó: Gloria Martínez Sierra - Directora Distrital de Política e Informática Jurídica  
Ruben Darío Gallego – Profesional Especializados – Subsecretaría Jurídica  
Aprobó: William A. Burgos Durango-Subsecretario Jurídico Distrital