

**MEMORANDO**



Radicado No: 202310400000017053

**Para:** **Astrid Eliana Cáceres Cárdenas**  
Subdirectora General

**María Teresa Salamanca Acosta**  
Secretaria General (E)

**Luz Helena Mejía Zuluaga**  
Directora Administrativa

**Nelson Enrique Molano Rozo**  
Director Financiero

**Asunto:** **Lineamiento de defensa jurídica en las solicitudes de conciliación extrajudicial relacionadas con solicitudes o demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa – medio de control de reparación directa - en donde se pretende el reconocimiento del enriquecimiento sin causa.**

**Fecha:** 2023-02-15

Respetados Miembros del Comité:

La Oficina Asesora Jurídica, en cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 987 de 2012, art. 6°, nums. 1 y 7; así como en la Resolución No. 60 de 2013, art. 8°, nums. 3, 5 y 6, presenta a consideración del Comité de Defensa Judicial y Conciliación el “lineamiento de defensa jurídica en las solicitudes de conciliación extrajudicial o en las demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde se pretende el reconocimiento de actividades y prestaciones contractuales ejecutadas por fuera de los términos contractuales y en el cual se pretende el reconocimiento de indemnizaciones bajo el ejercicio de medios de control de reparación directa por enriquecimiento sin causa”.

## I. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, *ACTIO IN REM VERSO* Y HECHOS CUMPLIDOS.

El «enriquecimiento sin causa» es un principio general del derecho y una fuente de las obligaciones. De él se desprende la prohibición de incrementar el patrimonio sin razón justificada a favor de una parte y en directo desmedro de otro. La «*actio in rem verso*», como institución procesal, tiene como propósito proponer la pretensión que reclama los efectos de la violación directa de ese principio. Por su parte, la teoría contractual de la «legalización de hechos cumplidos» es una construcción de la doctrina y de la práctica del derecho contractual estatal, que hace referencia a las actividades adelantadas por un contratista a favor del Estado sin que medie o intervenga el acuerdo de voluntades, el cumplimiento de los requisitos solemnes del contrato estatal y/o el compromiso de ejecuciones contractuales sin el respectivo soporte presupuestal (certificado de disponibilidad presupuestal).

A continuación, desarrollaremos cada una de las señaladas figuras jurídicas:

### 1.1. El enriquecimiento sin causa -figura sustancial-.

La aplicación de este principio general de derecho y fuente de las obligaciones, tiene como origen normativo y constitucional los artículos 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, teniendo como norte el castigo de los desplazamientos económicos que generen un incremento patrimonial sin causa.

En la órbita del derecho privado encontramos el artículo 831 del Código de Comercio, que preceptúa que «nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro»; pero no es así en el derecho civil y administrativo, pues para aplicar o materializar el mentado principio general del derecho: i) se debe acudir a la analogía, ii) aplicar el artículo 831 del Código de Comercio, en concordancia con la Ley 80 de 1993, como quiera esta última norma permite la introducción del derecho privado en la contratación estatal, y iii) en otros eventos, acudir a los derroteros de la jurisprudencia (art. 230 Const. Pol.).

Existen, por vía jurisprudencial<sup>1</sup>, elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa y que busca esclarecer la pregunta o el interrogante acerca de si la ejecución de tareas o actividades en favor del Estado, por un particular -contratista-, que debieron contemplarse en un contrato -Ley 80 de 1993-, en el

<sup>1</sup> Sentencia del 6 de abril de 2000. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de Estado. CP Ricardo Hoyos Duque. Rad. Núm. CE-SEC3-EXP2000-N12775. Demandante Jaime D. Bateman Duran vs. Departamento de Arauca.

fondo aflora la responsabilidad de las entidades públicas, pese a que no existe negocio jurídico que respalden las actividades o las prestaciones. Para una mayor ilustración explicamos dichos elementos así:



## 2.2. La *actio in rem verso* -figura procesal-.

Corresponde, entonces, acometer someramente el vehículo procesal para la declaratoria por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del enriquecimiento sin causa por parte del Estado, aunque también es una acción que puede ser utilizada por las entidades públicas contra particulares.

La tesis dominante en la jurisprudencia corresponde a que el medio de control pertinente para reclamar el «enriquecimiento sin causa» es la reparación directa, enunciando o invocando la *actio in rem verso* en las pretensiones de la demanda, postura adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del

6 de agosto de 1987<sup>2</sup> y, reiterativas, en los fallos del 22 de febrero<sup>3</sup>, 11 de octubre<sup>4</sup>, 25 de octubre de 1991<sup>5</sup>, 10 de septiembre de 1992<sup>6</sup>, 16 de abril de 1993<sup>7</sup> y 8 de mayo de 1995<sup>8</sup>, entre otros.

obstante, la postura del máximo órgano de la justicia contenciosa administrativa contrasta con parte de la doctrina colombiana, al indicar que la «[...] acción procedente no debe ser la reparación directa, sino la *actio in rem verso*, que es autónoma y procede cuando no exista otro mecanismo de defensa procesal<sup>9</sup> [...] se debe precisar que la forma idónea y exacta de presentar la *actio in rem verso* es de naturaleza autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación consagrada en el artículo 86 del Código Contenciosa Administrativo -esta última de naturaleza indemnizatoria-».

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Carlos Betancur Jaramillo. Rad. Núm. CE-SEC3-EXP1987-N3886. Demandante Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas “CONIC” Ltda., vs Fondo Vial Nacional.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Carlos Betancur Jaramillo. Rad. Núm. 5618. Demandante Ingecos Ltda. vs Fondo Vial Nacional.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Julio César Uribe Acosta. Rad. Núm. 5686. Demandante Hennio Publicidad Ltda., vs Beneficencia del Valle.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Daniel Suárez Hernández. Rad. Núm. 6103. Demandante Sociedad Colombina de Construcciones – Sococo S. A., vs Fondo Vial Nacional.

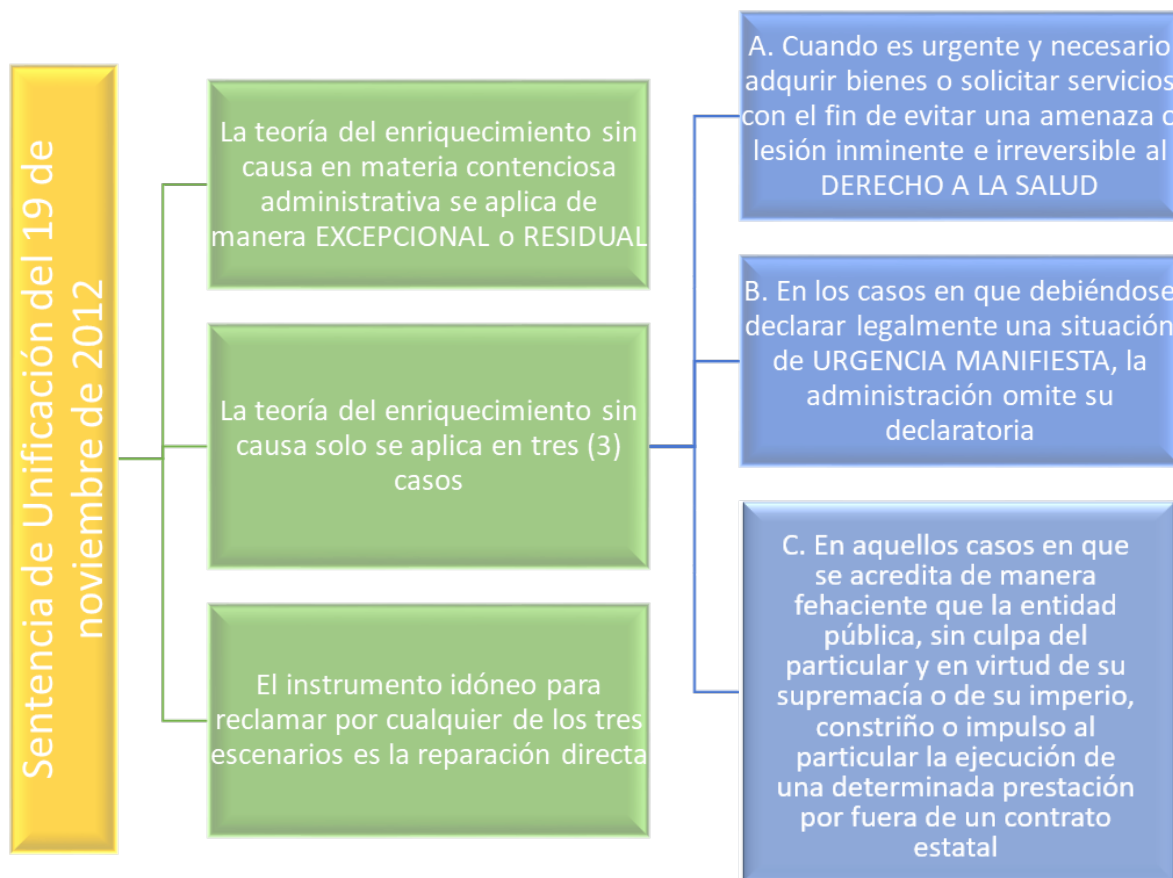
<sup>6</sup> Exp. No. 6822. La Sala Puntualizó lo siguiente: “[...] encuentra que el demandante ejerció la acción que correspondía. En puridad de verdad no podía poner en marcha la contractual, por sustracción de materia. Por ello la Corporación patrocina la perspectiva jurídica que el apoderado de la parte actora manejó a lo largo del proceso, y, particularmente en sus alegatos, cuando discurre dentro del siguiente perfil: [...]”.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Juan de Dios Montes Hernández. Rad. Núm. CE-SEC3-EXP1993-N7356. Demandante Hernando Cruz Romero vs. Nación – Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Vial Nacional.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Juan de Dios Montes Hernández. Rad. Núm. CE-SEC3-EXP1995-N8118. Demandante Sociedad Constructora Cárdenas y Amaya Ltda., vs Sena Regional de Cundinamarca.

<sup>9</sup> Responsabilidad Extracontractual del Estado. Sexta Edición. Enrique Gil Botero. Editorial Temis, 2013, pág. 653.

El Consejo de Estado, en una sentencia trascendental<sup>10</sup>, unificó el tema el **19 de noviembre de 2012**, para ello se analizarán los puntos basilares de la siguiente forma:



Bajo esos derroteros establecidos por la jurisprudencia unificadora, es claro que la parte convocante de una solicitud de conciliación o el demandante en el medio de control de reparación directa, debe sin excusa, probar o acreditar alguna de las tres hipótesis planteadas, ello en cumplimiento de los principios generales de la

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Rad. Núm. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24897). CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Demandante Manuel Ricardo Pérez Posada vs Municipio de Melgar.

prueba judicial de «la necesidad», «la autorresponsabilidad» y de la «carga probatoria».

La postura jurisprudencial unificadora<sup>11</sup> no ha variado desde el 2012, la cual debe ser acatada en sede administrativa (arts. 10 y 102, CPACA) y judicial (arts. 256, 269 y 270 CPACA); luego es claro que se encuentra vigente y ha sido citada y reiterada en decisiones recientes, *ad exemplum*:

- **Sentencia del 22 de noviembre de 2021**<sup>12</sup>: En una acción contractual promovida por el Consorcio Aeropuerto – Jesús Ohan Buendía Rodríguez Inversiones GYR S.A., contra la Aeronáutica Civil – UAE, al debatirse las salvedades del contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato -mayores cantidades de obra y mejoras en las especificaciones técnicas-, el Consejo de Estado con estribo en la sentencia de unificación, puntualizó que el medio de control adecuado es la reparación directa y no la contractual al momento de reclamar un presunto enriquecimiento sin causa por parte del Estado, así lo expresó:

«[A] la luz de las (...) consideraciones expuestas en la referida sentencia de unificación de la Sección Tercera, (...) la acción de reparación directa, y no la de controversias contractuales, es la vía idónea para reclamar la reparación de daños ocasionados con un enriquecimiento sin justa causa (...). Atendiendo a que, en el caso *sub examine*, el debate fáctico y jurídico tuvo como origen un contrato estatal, el medio de control procedente era exclusivamente el de controversias contractuales, en los términos del artículo 87 del CCA. Por más que se plantee como pretensión subsidiaria la *actio in rem verso*, la Sala considera que no se puede reabrir el debate sobre la base de una reclamación fundada en el citado principio de derecho y la pretensión que le corresponde, pues si bien se afirma que la obra ejecutada costó mucho más que lo pagado por la contratante (...) lo cierto es que en el fondo está reclamando unas prestaciones económicas derivadas del contrato de obra pública núm. 8000165-OK-2008 y que consignó expresamente como salvedades en el acta de liquidación bilateral del 17 de junio de 2009. (...) Así las cosas,

<sup>11</sup> El artículo 270 del CPACA, establece: “Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”. Modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 de 2021.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. CP Jaime Enrique Rodríguez Navas. Exp. No. 63001-23-31-000-2010-00261-01 (51480).

la pretensión de “no enriquecimiento sin causa contractual” resulta a todas luces improcedente, toda vez que deviene de una controversia contractual».

- **Sentencia del 5 de febrero de 2021<sup>13</sup>:** La controversia versa sobre un contrato de interventoría celebrado para inspeccionar las obras de adecuación de la Troncal de las Américas, en Bogotá D. C., al sistema de transporte masivo Transmilenio. La ejecución del contrato se dividió en tres etapas: la de preconstrucción, en la que el interventor debía revisar los diseños elaborados por el constructor; la de construcción, en la que debía vigilar que las obras se ejecutaran de acuerdo con las especificaciones técnicas pactadas; y, la de adecuación y mantenimiento, en la que debía supervisar las labores de adecuación de las vías que se utilizaron para desviar el tráfico y el mantenimiento de las nuevas obras. Según la demanda, el interventor reclamó el pago de un saldo causado en la etapa de preconstrucción que la entidad contratante no abonó. Igualmente, pidió la compensación de los costos no previstos que soportó por (i) revisar diseños luego de terminada la etapa de preconstrucción, (ii) inspeccionar las intervenciones en áreas de espacio público y (iii) continuar con la supervisión de las obras tras la terminación de la etapa de construcción. El Consejo de Estado indicó la indebida escogencia de la clase de responsabilidad, pues la pretensión de enriquecimiento sin causa no es por vía de responsabilidad contractual, sino extracontractual y, en gracia de discusión tampoco prosperaría las pretensiones, como quiera que «[...] Refiriéndose al alcance de este supuesto [actio in rem verso] –que sería el aplicable al caso–, la Subsección ha sostenido que puede presentarse en aquellos eventos en que la entidad estatal haya conducido al demandante, en virtud de su posición de superioridad, a prestar el servicio. Sin embargo, la Sala también ha enfatizado que el demandante debe haber actuado con arreglo al principio de buena fe. (...) En el expediente está demostrado que el IDU, luego de terminado el contrato, instó al contratista a proseguir con la supervisión de las obras. (...) Más allá de si esa manifestación puede calificarse como una muestra fehaciente de que los servicios se prestaron en virtud del constreñimiento del IDU, lo cierto es que el contratista no actuó de buena fe. Esta circunstancia, como ya lo ha concluido la Subsección, le impide recuperar los costos en que incurrió. (...) La buena fe que se exige en materia contractual es la objetiva, que consiste en el comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección. La sola creencia de estar actuando de acuerdo al ordenamiento jurídico no enerva, por tanto, los mandatos imperativos de la ley ni justifica su elusión. En este caso, el Interventor no obró con arreglo a este estándar de conducta, pues, a pesar de conocer que el contrato terminó el 31 de diciembre de 2004 –como lo manifestó en la comunicación (...) 2005–, decidió proseguir con la prestación de los servicios. De este modo, el Interventor eludió las disposiciones de carácter general que regulan la contratación de las entidades estatales

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección. CP José Roberto SÁCHICA Méndez. Exp. No. 25000-23-26-000-2009-00297-01 (46726). Demandante Intersa S. A. y Estudios Técnicos y Asesorías S. A., vs Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-.

(arts. 39 y 41 de la Ley 80 de 1993). Igualmente, desconoció las cláusulas particulares del contrato interventoría [...]».

- **Sentencia del 6 de noviembre de 2020<sup>14</sup>:** En este fallo se aborda el caso de un abogado que representó judicialmente al Departamento de Nariño, conforme a los poderes expedidos, pero sin mediar contrato por escrito. El Consejo de Estado, con base en la sentencia de unificación, confirmó la negativa de las pretensiones, habida cuenta al analizar la configuración del enriquecimiento sin causa a la luz de la primera hipótesis, no se demostraron los actos impositivos o de constreñimiento por parte de la entidad estatal.

Así lo indicó: «[c]onviene señalar que la prestación de servicios profesionales se encuentra regulada como uno de los tipos de contratos estatales en la Ley 80 de 1993, artículo 32.3, normativa vigente para la época en que se llevaron a cabo las gestiones de representación judicial del departamento de Nariño por parte del [demandante] ante el Tribunal Administrativo de Nariño. [...] [L]a Sala advierte que es un hecho indiscutible la ausencia de contrato entre las partes en contienda para la representación judicial que asumió el aquí actor, pretermitiéndose la solemnidad escritural que debía revestir dicho vínculo contractual, en tanto habría de gobernarse por la Ley 80 de 1993, cuyos artículos 39 y 41 exigen a las entidades estatales, como el departamento de Nariño, la formalidad del escrito para el perfeccionamiento de sus negocios jurídicos».

### 2.3. Los «hechos cumplidos» o la «prestación de servicios sin contrato».

La expresión que se utiliza en la práctica en el derecho contractual estatal y la doctrina especializada en la materia como «hechos cumplidos», ha establecido tres situaciones específicas, así:

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. CP Marta Nubia Velasquez Rico. Exp. No. 52001-23-31-000-2006-01764-02 (52324).



Por su pertinencia, cumple observar que, 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; por vía de ejemplo, 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 lo 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:

- La **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 o la actividad 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 alguna actividad o trabajo que no esté estipulado 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, pero solo y exclusivamente en los eventos hipotéticos establecidos en la sentencia de unificación, ya ampliamente explicada.

## 2.4. Solicitudes de conciliación y demandas ante el ICBF.

Tras una búsqueda en el Sistema Único de Gestión e Información (E-kogui), se encontraron seis (6) conciliaciones extrajudiciales y siete (7) demandas con causa titulada como «hechos cumplidos» o «ejecución de prestaciones sin contrato» arrojando la siguiente información:

a. Las causas de litigiosidad tituladas como «hechos cumplidos» o «ejecución de prestaciones sin contrato» en el sistema E-kogui, no son concurrentes para el ICBF; con otras palabras, no tienen un número significativo de solicitudes de conciliación o de demandas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, luego es claro que no hace parte de la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la entidad.

b. En las solicitudes de conciliación extrajudicial los temas que se han abordado son los siguientes:

- **El pago por la administración y operatividad de los hogares comunitarios.** (Asociación Unidos por la Infancia -ASUINFANCIA- convoca al ICBF ante la Procuraduría 108 Judicial I para Asuntos Administrativos de Medellín. Se aprobó conciliación en el Ministerio Público, pero no se tiene evidencia de la aprobación de la Rama Judicial).
- **El pago de servicios prestados en el programa de primera infancia «cero a siempre».** (Asociación Sembradores de Esperanza convoca al ICBF ante la Procuraduría 77 Judicial I para Asuntos Administrativos de Quibdó. La conciliación fue aprobada por el Juzgado 1º Administrativo Oral del Circuito de Quibdó -Exp. No. 270013333001-2015-00456-00-).
- **El pago de atención a menores.** (Mercedes de Fatima Ramirez de Urrego convoca al ICBF ante la Procuraduría 168 Judicial I para Asuntos Administrativos de Medellín. La conciliación fue improbadada por el Juzgado 35 Administrativo de Medellín -Exp. No. 050013333035-2016-01086-00-).
- **El pago de becas y gastos de sostenibilidad de madres sustitutas.** (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- convoca a Adriana Ariza Bejarano

y Otros ante la Procuraduría 182 Judicial I para Asuntos Administrativos de Yopal. La conciliación fue aprobada por el Juzgado 2º Administrativo de Yopal (Exp. No. 850013333002-2017-00071-00) y (Rosiri Vargas Hernandez y Otros convoca al ICBF ante la Procuraduría 49 Judicial II para Asuntos Administrativos de Villavicencio. El Juzgado 9º Administrativo de Villavicencio, mediante auto del 24 de marzo de 2020, aprobó el pago de los servicios prestados).

- **El pago de servicios de vigilancia.** (Unión Temporal CC Bienestar 2015 convoca al ICBF ante la Procuraduría General. La conciliación fue improbadada por el Juzgado 61 Administrativo de Bogotá (Exp. No. 110013343061-2018-00098-00).

En su mayoría las solicitudes de conciliaciones extrajudiciales fueron aprobadas por el Ministerio Público y la Rama Judicial, excepto por el titulado como «[e]l pago de atención de menores» y «[e]l pago por servicio de vigilancia», pues, aunque la procuraduría aprobó la conciliación, el juzgado administrativo improbó el acuerdo porque no se había acreditado la prestación de los servicios.

Lo anterior significa que el acuerdo de conciliación, aunque tenga el control de legalidad del Comité de Conciliación y el aval de la Procuraduría, a criterio de los jueces administrativos, sino se prueba a plenitud los servicios, no es posible su aprobación.

Por otro lado, en la mayoría de las decisiones judiciales, se analizaron los requisitos de la conciliación, pero **no los requisitos del enriquecimiento sin causa o de la *actio in rem verso***; circunstancia que no es plausible, comoquiera que además del análisis de los requisitos de la conciliación deben concurrir los derroteros del enriquecimiento sin causa y los casos hipotéticos de la sentencia de unificación.

c. En el escenario judicial, se encontraron los siguientes temas:

- ✓ **El pago de cupos por fuera del contrato de aporte.** (Comité Privado de Asistencia a la Niñez “PAN” demanda en reparación directa contra el ICBF, ante el Juzgado 27 Administrativo de Medellín -Exp. No. 050013333027-2013-00975-00-).

- ✓ El pago por la utilización de equipos de cómputo por fuera del contrato interadministrativo. (Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero para el Desarrollo Regional Alma Máter “Red Alma Máter” demanda en reparación directa al ICBF, ante la Subsección “A”, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Exp. No. 110013336037-2012-00341-01).
  
- ✓ El pago por servicios prestados por fuera del contrato de aporte. (Aldeas Infantiles SOS Colombia demanda en controversias contractuales al ICBF, ante el Juzgado Sexto Administrativo de Cali -Exp. No. 760013333006-2018-00110-00).
  
- ✓ El pago por los servicios de transporte por fuera del contrato. (La Sociedad de Transportes Especiales ACAR Ltda., demanda en reparación directa al ICBF, ante el Juzgado 60 Administrativo de Bogotá (Exp. No. 110013336060-2019-00086-01).

Para los dos primeros procesos, se terminaron por conciliación entre las partes, pero en los proveídos que se aprobaron los acuerdos, los jueces revisaron los requisitos de la conciliación, **no analizaron los requisitos jurisprudenciales sobre el enriquecimiento sin causa.**

Contrario a ello, en los dos procesos restantes, tanto en segunda como en primera instancia se analizaron los requisitos jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre hechos cumplidos y concluyeron que no se probaron las situaciones hipotéticas establecidas en la sentencia unificación del año 2012.

- ✓ Para el presente documento, se hace un análisis especial a la demanda impetrada por la Sociedad de Transportes Especiales ACAR Ltda., mediante el medio de control de reparación directa contra el ICBF, ante el Juzgado 60 Administrativo de Bogotá (Exp. No. 11001333606020190008601).

En dicho caso, se pretendía el pago de \$233.429.049 por la prestación del servicio de transporte los días 2, 4, 11 y 12 de enero de 2017 en las regionales de Caquetá, Nariño, Huila, Valle, Tolima y Cauca. El juzgado señaló que no se dieron ninguno de los supuestos del Consejo de Estado para el reconocimiento de los hechos cumplidos, pues “[...] no se está ante la prestación de un servicio de salud,

tampoco hay rastro probatorio que indique que la labor se haya dado por un estado de emergencia no declarado o que el ICBF hubiese constreñido u obligado a la Sociedad de Transportes Especial ACAR Ltda. a prestar el servicio” (fallo del 22 de octubre de 2019).

Tras la apelación de la sentencia de primera instancia por parte de la demandante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, confirmó la decisión adoptada por el *a quo* (proveído del 6 de mayo de 2022), tras analizar los requisitos del enriquecimiento sin justa causa y la *actio in rem verso*; para concluir que del análisis de los medios de prueba recaudados no existe el enriquecimiento sin causa, pues el ICBF no obtuvo beneficio patrimonial. Como respaldo de dicha afirmación analizó y citó la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia, de fecha 19 de noviembre de 2012.

El *ad quem* advirtió que, efectivamente, se prestó el servicio, pero como el contrato no se perfeccionó por el término que se prestó el servicio y, el asunto no se sumerge en ninguna de las hipótesis en que resulta procedente el ejercicio de la *actio in rem verso*, no había motivo para acoger las pretensiones.

Señaló que no existió constreñimiento, ni la naturaleza del servicio no corresponde a los eventos necesario para evitar una amenaza o una lesión irreversible al derecho fundamental a la salud en conexidad con los derechos a la vida e integridad personal. Que tampoco existió evidencia que el asunto tuviera que ver con los supuestos relacionados con la declaratoria de urgencia manifiesta, que la entidad omitió declarar, para justificar la no suscripción y perfeccionamiento del contrato.

Reiteró que los contratos deben constar por escrito y que la *actio in rem verso* no debe soslayar los requisitos para suscripción de los contratos por escrito.

## II. RECOMENDACIONES EN DEFENSA JUDICIAL.

Señalado lo que antecede, es menester no perder de vista que, al momento de analizar las solicitudes de conciliación y las demandas promovidas por los operadores o los contratistas del ICBF, el apoderado o la apoderada de defensa judicial debe tener en cuenta lo siguiente:

a. Debe existir un análisis riguroso de los medios probatorios aportados en la solicitud de conciliación o en la demanda que evidencie la existencia o no de los requisitos del «enriquecimiento sin causa»; esto es, si afloró o emergió (i) el empobrecimiento del contratista u operador del ICBF -lo pertinente es que se pruebe contablemente ese ítem, (ii) el enriquecimiento del ICBF con ocasión a las actividades prestadas por los operadores o contratistas, (iii) el nexo entre el empobrecimiento del contratista o el operador y el enriquecimiento del ICBF, y (iv) la ausencia de causa jurídica.

b. Frente a los requisitos de la *actio in rem verso* y de los derroteros establecidos en la sentencia de unificación, el apoderado o la apoderada del ICBF, una vez solicite los antecedentes de ejecución del contrato al supervisor y el **respectivo informe de ejecución**, deben analizar si las actividades o trabajos que solicitan su reconocimiento, se adelantaron en abrigo de alguna de las hipótesis establecidas por el Consejo de Estado.

El parangón entre los supuestos de la sentencia de unificación y los requisitos probatorios:

Hipótesis Jurisprudencial	Requisitos
Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.	<p>Debe probarse que con ocasión a la posición superior del ICBF y, a través del constreñimiento o la imposición al contratista u operador, ejecutó actividades o suministró bienes o servicios en favor del ICBF, al margen del contrato estatal (aporte, prestación de servicios, transporte, etc.).</p> <p>Se requiere un análisis de los documentos de los antecedentes administrativos de ejecución del contrato y de los allegados por el convocante en la solicitud de conciliación o en la demanda, que permita evidenciar si existen elementos de prueba que permita evidenciar el constreñimiento o la imposición al contratista u operador.</p> <p>Es importante la entrevista que puede adelantar el abogado o abogada de</p>

	<p>defensa judicial con el supervisor o los supervisores del contrato, con el fin de establecer la ciencia de su dicho frente a los fundamentos facticos de la demanda.</p> <p>No debe perderse de vista que la carga de la prueba es del demandante no del ICBF, la parte activa debe determinar la naturaleza y la fuerza del «Constreñimiento».</p> <p>El constreñimiento es calificado, no puede ser de cualquier funcionario, este debe darse por el representante legal de la administración.</p>
<p>En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas</p>	<p>Nuevamente del análisis del documental debe surgir con claridad o no, la existencia de una urgencia para la adquisición de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Bienes</li> <li>✓ Servicios</li> <li>✓ Suministros</li> <li>✓ Obras</li> </ul> <p>Y que dichas necesidades tienen como propósito claro, evitar una amenaza o lesión al <b><u>derecho fundamental a la salud.</u></b></p> <p>Al evaluar la urgencia, debe cumplir con lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Que aflore de manera objetiva y manifiesta.</li> <li>✓ Que sea como consecuencia de la imposibilidad de planificar y adelantar un proceso de selección.</li> <li>✓ Que sea imposible a la</li> </ul>

<p>circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.</p>	<p>administración la celebración de contratos.</p> <p>La decisión de la administración frente a esta circunstancia debe ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Urgente</li> <li>✓ Útil</li> <li>✓ Necesaria</li> <li>✓ Razonable</li> </ul>
<p>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.</p>	<p>El apoderado o apoderada del ICBF debe analizar si la situación se encuentra, en la situación de contratación directa que establece el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, esto es, la Urgencia Manifiesta.</p> <p>La circunstancia debe ser apremiante y preservar la continuidad del servicio que fue interrumpido por fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados excepción.</p>

c. Al ser los contratos estatales de carácter eminentemente solemne, dado que su perfeccionamiento está sujeto a la observancia de ciertas formalidades consistentes en que los acuerdos de voluntad deben necesariamente constar por escrito, como condición para la ejecución de lo que contemplan (art. 41 de la Ley 80 de 1993), como disposición de orden público y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, su requerimiento es inmodificable e inderogable por las partes o sus destinatarios.

Por lo tanto, los responsables de la actividad contractual deben actuar con la debida diligencia, con el fin de prevenir la materialización de situaciones que puedan constituir hechos cumplidos, encontrándose prohibido ejecutar actividades, obras, servicios o ítems no previstos, adicionales o no contemplados en el contrato inicial, sin que exista previamente a la ejecución un acuerdo de voluntades (Otro sí, acuerdo modificadorio, contrato adicional o cualquiera que fuere la denominación) y surtidos los requisitos de ejecución, como son la

extensión y aprobación de la garantía única de cumplimiento y el registro presupuestal.

d. Para la ejecución y posterior pago de actividades, obras, servicios e ítems adicionales o no previstos, deben realizarse previamente todos los trámites pertinentes para tales fines de conformidad con la ley, los respectivos contratos y los manuales de contratación e interventoría. Es de resaltar que se encuentra prohibido que los interventores, supervisores o cualquier otro sujeto interviniente en el desarrollo de la actividad contractual, autorice, tolere o inste a ejecutar actividades, obras, servicios e ítems adicionales o no previstos, sin la autorización y cumplimiento previo de lo indicado en precedencia, igualmente, que se desplieguen por parte de aquéllos, actos de cualquier naturaleza, como suscribir actas o dejar constancias que puedan ser sugerentes de modificación o adición al contrato, sin que se cuente con la aprobación, por escrito, del **ordenador del gasto**.

e. Cualquier clase de reclamación por actividades, obras o servicios sin respaldo contractual y/o presupuestal, no podrá resolverse directamente entre las partes, sino que tal situación deberá resolverse por la vía judicial y/o en la etapa de conciliación prejudicial establecida por la misma ley, desde luego que, iterase, se deberá observar si la fundamentación fáctica de la solicitud de conciliación o de la demanda concurren los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso* (los casos hipotéticos de la sentencia de unificación).

f. En todo caso el apoderado o la apoderada, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022, el cual modificó el artículo 19 de la Ley 678 de 2021, deberá analizar la procedencia del medio de control de la acción de repetición.

g. Es importante recordar que, en los contratos estatales si en algún momento se considera que el plazo contractual debe extenderse a fin de ejecutar obras o servicios pendientes, deberán adelantarse las actuaciones pertinentes para la suscripción de la prórroga con la suficiente antelación, a fin de que las obras y servicios que se requieran sean ejecutados dentro del plazo de ejecución contractual.

h. En consecuencia, se recomienda a los apoderados o las apoderadas de defensa judicial, identificar los siguientes elementos y atender los lineamientos que a continuación se exponen:

- 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.

- Este reconocimiento no se puede hacer de manera directa en los Comités de Conciliación, toda vez que el mismo requiere un debate judicial previo.
- 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, en sí, una «[...] presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario».

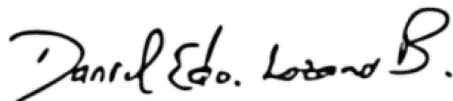
i. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, en el hipotético caso de prosperar las pretensiones, sólo tendrá derecho al monto que se pruebe del enriquecimiento.

j. En el evento de configurarse la comisión de alguna conducta punible, falta disciplinaria o fiscal por el servidor público o particular en ejercicio de la función pública, se debe iniciar las respectivas acciones, sin perjuicio del inicio de la acción de repetición.

k. El abogado o a la abogada de defensa judicial deberán analizar en la ejecución del contrato, si se atendió 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, así como 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.

Bajo los anteriores derroteros se establece el lineamiento de defensa jurídica en las en las solicitudes de conciliación extrajudicial demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde se pretende el reconocimiento del enriquecimiento sin causa por parte del ICBF.

Cordialmente,



**DANIÉL EDUARDO LOZANO BOCANEGRA**  
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)  
Sede de la Dirección General