

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Exp: 35555
Radicación: 13001233100020020135402
Actor: P&M Publicidad Ltda.
Demandado: Distrito Turístico y Cultural del Cartagena de Indias
Naturaleza: Controversias contractuales¹

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de abril de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La firma actora suscribió un contrato estatal con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias para la señalización y demarcación vial de algunas zonas de la ciudad. La sociedad ejecutó labores en cantidades mayores a las pactadas en el contrato, por solicitud verbal del Director del Departamento Administrativo de Tránsito Distrital (DATT) y no recibió el pago de esas prestaciones por parte de la demandada, por lo que pretende obtener la retribución correspondiente a las obras realizadas, lo que le fue negado en primera instancia. Funge como apelante la actora.

¹ Aunque el asunto se promovió y se tramitó bajo la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, también se plantearon pretensiones subsidiarias materia de la acción del artículo 86 *ibidem*, siendo solo sobre estas últimas que se encuentra procedente la acción incoada, tal como se verá en el acápite correspondiente a la procedibilidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2002 (fl. 14, c. 1), la firma P&M Publicidad Ltda., promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con el fin de obtener:

1.1. Pretensiones

PRIMERA: Que al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias le incumbe en el giro del contrato de señalización y demarcación celebrado con la firma P&M Publicidad Ltda, y sus correspondientes adiciones- la responsabilidad de que trata el artículo 50 de la ley 80 de 1993, en razón de sus actuaciones, abstenciones y hechos y omisiones antijurídicos en que incurrió, causando con ello grandes perjuicios al contratista.

SEGUNDA: Que las abstenciones[,] las actuaciones, abstenciones (sic) y los hechos y omisiones antijurídicos en que incurrió la demandada, se configuran en los siguientes hechos:

[N]o haber reconocido y pagado las obras ejecutadas y los suministros hechos, que fueron debidamente relacionados en la constancia de recibo de la obra, que el contratista presentó ante el Director y el Jefe de Señalización del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, como interventores de la obra, según documentos originales se hallan (sic) en el expediente que reposa en las oficinas de la entidad contratante.

[N]o haber reconocido y pagado el valor de los reajustes de las obras y de los suministros a que se refiere la constancia de recibido de la obra antes señalada.

[N]o haber procedido a la liquidación de los contratos y no haber incluido dentro de su presupuesto, sumas favor de P&M Publicidad Ltda. (sic), derivadas del valor de las actas de obra y los suministros, y de los ajustes no cancelados, de que tratan las peticiones anteriores.

TERCERA. Como consecuencia de tales declaraciones, condénese a la demandada a indemnizar la disminución patrimonial que se ha ocasionado a mi apadrinado y al pago de las ganancias, beneficios o provechos dejados de percibir por mi representado: todo, según se acreditará con los medios de prueba que invoco, los cuales, entre otros que habrán de acreditarse en el proceso, son los siguientes valores:

- a. El valor del recibido de obra.*
- b. El valor de las actas de ajustes.*
- c. El valor de la actualización de las cantidades anteriores (...)*
- d. El valor del lucro cesante de la suma actualizada, conforme el literal anterior. Para el período comprendido entre la fecha de ocurrencia del daño y la fecha en que se paguen los perjuicios. En caso de que el monto del lucro cesante no pudiese ser establecido durante el término probatorio del proceso, se compensará con el reconocimiento de interés a la tasa del 6% anual, proporcionalmente por meses,*

cálculo que se hará aplicando la mencionada tasa de interés a la suma debidamente actualizada para el período comprendido entre la fecha en que debieron cancelarse las obras impagadas hasta cuando tenga lugar el pago de ellas.

CUARTA. Que a la sentencia se le de (sic) cumplimiento dentro del término establecido por le (sic) artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. En caso de que así no lo hiciere, que se condene al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a pagar intereses moratorios correspondientes al interés corriente doblado, sobre las sumas debidas.

En forma subsidiaria a las referidas pretensiones, pidió la parte actora que se aplique la teoría del enriquecimiento sin causa con el fin de que le sean pagadas las prestaciones ejecutadas por fuera del contrato estatal (fl. 11, c. 1).

1.2. Fundamento fáctico

El 24 de febrero de 1998, el Distrito de Cartagena de Indias suscribió un contrato estatal con la firma P&M Publicidad Ltda., en virtud del cual, el segundo, se obligó a ejecutar los trabajos necesarios para la señalización y demarcación de bordillos, calzadas, flechas, pares y pasos peatonales del centro de la ciudad, Crespo, Bocagrande y Avenida Santander, por un precio total de \$37.676.800.

El contrato debía ejecutarse en 15 días a partir del cumplimiento de los requisitos para iniciar labores y las obras a realizar se detallaron así (los valores son totales):

3.000 metros lineales de canalización (división de carriles)	\$6.000.000
7.000 metros lineales de bordillo	\$17.500.000
14 pasos peatonales	\$3.780.000
200 flechas demarcación	\$700.000
1.000 tachas reflectivas	\$4.500.000

Afirmó la sociedad contratista que adelantó las obras contratadas e informó a la entidad sobre la finalización de la ejecución contractual, luego de lo cual el Director Distrital de Tránsito de Cartagena doctor Lorenzo Hodge, la autorizó en forma verbal para extender el objeto contractual hasta 30.000 metros lineales de pintura de bordillo y 1.500 metros de pintura alterna de bordillos de separadores en amarillo y negro. Lo anterior, por cuanto a la administración la apremiaba “el

mandato de embellecimiento de la ciudad”, con ocasión de la celebración de una cumbre mundial que tendría lugar en el Distrito.

Señaló:

Así, mediando el grado de buena fe adquirida por las relaciones de trabajo anteriores, el Director de Tránsito pidió al contratista que siguiera adelante la obra de pintura de bordillo, advirtiéndole que no tenía que preocuparse por lo establecido en el contrato suscrito con el Distrito, ya que eso era remediable con “otro si contractual” o con la celebración de uno sustituto o adicional: la situación y orden de “palabra empeñada” emanada de un funcionario público de las calidades del Director Departamental de Transporte y Tránsito, que, por encima de todo, esta (sic) obligado a decir la verdad, incluso verbalmente, por ser depositario de una misión administrativa pública, y máxime en este caso cuando reforzó su orden con la manifestación de la anuencia del señor ALCALDE NICOLÁS CURI, a quien aseguró, “haberle hablado de eso”, todo esto se repite, fue suficiente para perfeccionar el convencimiento y aceptación del contratista.

En cumplimiento de esa orden, la firma P&M Publicidad pintó realmente 30.000 metros lineales de bordillos y 1.500 metros de pintura alterna de bordillos y separadores con amarillo y negro, obra que fue debidamente recibida por el Director de Tránsito y por el jefe de señalización de la entidad territorial. Sin embargo, solo le fueron pagados 7.000 metros lineales de bordillo, correspondientes a los pactados en el contrato inicial.

Con ocasión del no pago, la firma contratista ha incumplido obligaciones a su cargo, lo que dio lugar a dos cobros ejecutivos que en su contra inició el Banco Colmena, por un valor total de \$52.693.768. También le han sido iniciados procesos ejecutivos por la firma Autobol Ltda. y Francia Guerrero Guerrero, por las sumas de \$9.640.005 y \$7.590.000, respectivamente. Agregó que tiene otras obligaciones insolutas con el señor Luis Carlos Restrepo, el Banco Ganadero y Pinturas Hempel. También se ha visto privado de la posibilidad de utilizar, en su propio provecho, el dinero que debió recibir como contraprestación por las obras realizadas, perjuicios que pretende le sean resarcidos.

1.3. Fundamento jurídico

Dijo que la administración ha demorado en forma injustificada el pago de las obras efectivamente ejecutadas, lo que ha lesionado en forma injusta y grave su

patrimonio. Adujo que en la ejecución de los contratos con el Estado, este goza de prerrogativas exorbitantes, en virtud de las cuales le es posible aumentar o disminuir las prestaciones inicialmente pactadas, suspender el contrato e, inclusive, ponerle fin en forma unilateral; empero, ello no lo libera de responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de tales competencias. Haber exigido la ejecución de unas obras y luego negarse a pagarlas riñe con el principio de la buena fe en la ejecución contractual.

Afirmó que no recibir el pago de los trabajos ejecutados genera, sin duda, un empobrecimiento para el contratista y un correlativo enriquecimiento para la administración, que se benefició de ellos si pagar, situación que debe ser remediada.

Señaló que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 obliga a las entidades estatales a responder por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, por lo cual el Distrito demandado está llamado a indemnizarlo en la forma solicitada en las pretensiones.

2. Contestación de la demanda

En el término legal, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (fl. 109, c. 1) contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto consideró que el señor Director de Tránsito no estaba facultado para autorizar obras adicionales a las contratadas. En esas condiciones, el Distrito no puede responder por actuaciones subjetivas de sus funcionarios que únicamente los comprometen en el ámbito personal. En efecto, los hechos narrados en la demanda solo dan cuenta de una relación particular entre la actora y el señor Lorenzo Hodge, pues es claro que cualquier obra debía estar amparada por un contrato suscrito por quien tenía la faculta de obligar al ente territorial, competencia con la que no contaba el referido funcionario.

Afirmó que el Distrito cumplió con todas las obligaciones derivadas del contrato que suscribió y pagó al contratista su valor, en cuanto correspondía a las obras

efectivamente contratadas, dentro de los límites de la disponibilidad presupuestal con que contaba y hasta cuyo importe se obligó. Adujo:

[N]o puede el demandante manifestar que existe responsabilidad del Distrito por un acuerdo donde nada tuvo que ver, y como lo manifiesta él mismo, la elaboración de esta obra que no estaba plasmada en el contrato (24.500 metros lineales más de los señalados en el contrato) se dio a través de autorización emanada de una persona que no tiene facultades para hacerlo, lo que indica que lo que existió fue un acuerdo personal, originado por la promesa de “mejores contratos” que le prometió el señor Lorenzo Hodge al contratista, es decir que este actuó por cuenta y riesgo propio al ejecutarlas, animado por dicha promesa, ya que es de su conocimiento por la experiencia que le ha brindado la actividad que ha ejercido durante años, que no se pueden realizar obras con el Distrito si previamente no se ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley.

Propuso las excepciones que denominó: carencia de derecho para pedir, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, por considerar que (i) al actor no le asiste derecho a percibir lo que reclama, (ii) las sumas cuyo reconocimiento pretende no se le adeudan y (iii) no hubo intervención del Distrito en los hechos, por lo que no se obligó a pagar lo que ahora se le reclama.

3. La sentencia apelada

El 4 de abril de 2008 (fl. 230, c. ppal) el Tribunal Administrativo de Bolívar dictó sentencia adversa a las pretensiones de la demanda.

En primer término, estimó que la procedencia de la acción de controversias contractuales, tal como fue promovida por la firma actora, requiere de la existencia de un contrato suscrito con sujeción a los requisitos legales, en especial el previsto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual ese tipo de acuerdos de voluntades deben constar por escrito. Como dicha exigencia no se satisface en el presente evento, no es posible reclamar mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Agregó que a nivel territorial solo está facultado para contratar el Alcalde, por lo que los funcionarios del DATT no tenían facultad ni aptitud para celebrar contratos, ni para obligar a la administración. Sin embargo, señaló que ello no es óbice para desconocer el derecho a percibir el pago de las prestaciones

efectivamente ejecutadas, si se acredita que existió un enriquecimiento sin causa por parte del ente público, derivado del correlativo empobrecimiento de su contraparte. Por ello, previa invocación del principio *iura novit curia* procedió al estudio de fondo de las pretensiones como un caso de *actio in rem verso*, que estimó corresponde a una modalidad de la acción de reparación directa.

Afirmó que la prosperidad de ese tipo de pretensiones está determinada por: (i) la acreditación de la existencia del empobrecimiento y (ii) el enriquecimiento relativo (iii) que guarden entre sí una relación de causalidad, (iv) que no exista otra acción para reclamar y (v) que la falta de causa del empobrecimiento no sea consecuencia del mismo empobrecido, pues siendo ese el caso no podría obtener un beneficio derivado de su propia culpa.

Concluyó que ese último presupuesto no está presente en el *sub lite*, por cuanto la firma actora ejecutó unas prestaciones que no tenían respaldo contractual, sin el previo cumplimiento de las formalidades legales, con abierto desconocimiento de las previsiones de la Ley 80 de 1993, por lo que el empobrecimiento que padeció sí tiene causa y es la propia culpa del particular demandante, al pasar por alto las normas vigentes que regían las relaciones contractuales con la administración.

4. El recurso de apelación

El 29 de abril de 2008 (fl. 252, c. ppal), la firma actora apeló la decisión de primera instancia. A su juicio, la decisión impugnada debe ser revocada y, en su lugar, debe dictarse fallo favorable a las pretensiones, por cuanto las obras ejecutadas tenían en su momento carácter prioritario y su no continuidad generaba riesgo de daño a los trabajos ya ejecutados, al tiempo que podía derivar en afectación a la comunidad beneficiaria de las obras, así como dar lugar a mayores costos.

Dijo que no se trató de un cambio o adición al contrato sino de la aplicación de las reglas del contrato, previamente establecidas. No pueden calificarse como obras adicionales las realizadas por el contratista, por cuanto correspondían al

mismo objeto contractual; empero, ante la ausencia de suscripción del otrosí correspondiente, *“la reclamación del pago de la realización de estas obras resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa”*.

La administración no puede enriquecerse con los bienes de los particulares y, por ende, debe reparar los daños derivados de la falta de pago de las obras ejecutadas, pues, en este caso, la firma actora no ha recibido el pago de labores que efectivamente realizó.

Dijo que el principio de buena fe aplicable a la relación contractual existente entre las partes impide desconocer el pago de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción por el ente público, así como aprovechadas por este. Aunque a cargo del particular está el deber de respeto por el ordenamiento jurídico, no puede asignársele la carga de ser el garante de la legalidad del contrato, *“lo cual es una labor propia de la administración”*.

Concluyó que *“el desplazamiento patrimonial en este caso concreto, tiene una causa directa: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL DISTRITO DE CARTAGENA QUE DEBE CONDUCIR A DECLARAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y A DISPONER EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN RESPECTIVA”*.

5. Alegatos de conclusión

En esta etapa procesal, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

El asunto es de aquellos asignados a esta jurisdicción en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto funge como parte una entidad territorial.

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza del asunto y su cuantía, por cuanto se trata de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal Administrativo²; a su vez, el Tribunal era competente para conocer del asunto en primera instancia, por cuanto la cuantía del asunto se estimó en la suma de \$600.000.000, suma superior a 500³ salarios mínimos legales mensuales del año 2002, en el que fue promovida la demanda.

1.2. Acción procedente

Aunque se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual de la administración por virtud del contrato de 24 de febrero de 1998 suscrito entre las partes, con respecto a los presuntos perjuicios que afirma haber sufrido la demandada en la ejecución contractual, no cabe duda y así lo ha reconocido la firma actora a lo largo del proceso, que las prestaciones cuyo pago pretende corresponden a items que exceden lo pactado en el contrato estatal, esto es, lo pretendido es el reconocimiento del valor de obras no previstas en el contrato, por lo cual, la responsabilidad que de ello puede surgir no se enmarca dentro del ámbito del contrato y, en consecuencia, no corresponde a un evento de responsabilidad contractual.

Para la Sala no es de recibo el argumento de la actora relativo a que el presunto pacto verbal entre las partes puede constituir una modificación del contrato

² Código Contencioso Administrativo, artículo 129. “*El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos (...)*”.

³ El recurso de apelación fue promovido en el año 2008, en vigencia de las competencias previstas en la Ley 446 de 1998.

legalmente suscrito, esta solo procede mediante acto administrativo y en especiales eventos, tal como lo prevé el artículo 16 de la Ley 80 de 1993⁴.

En los términos en los que fue planteada la demanda, la alegada relación entre el objeto contractual pactado y las obras sin respaldo contractual no permite mutar la naturaleza de la acción a ejercer, por cuanto una eventual adición de contrato o contrato adicional, estaban sujetas a la misma formalidad de escrito; lo anterior cobra relevancia si se parte del reconocimiento de la demanda de acuerdo con el cual lo cobrado no tiene respaldo en el contrato, sino en un presunto acuerdo posterior y verbal con un funcionario del DATT de Cartagena, del que no es posible predicar la calidad de contrato estatal. Por ello, como la acción del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo está reservada a las partes de un contrato para llevar al conocimiento del juez todas las incidencias propias de este, es claro que no puede proceder para la declaratoria de responsabilidad ajena al vínculo contractual.

Nótese cómo desde la presentación de la demanda la actora reconoció que lo reclamado en este proceso es ajeno a lo pactado y ejecutado con ocasión del contrato de 1998, del que reconoce haber recibido el pago correspondiente y total, por lo que es claro que las pretensiones del presente proceso no involucran dicho acuerdo, sino uno verbal presuntamente ocurrido en forma posterior, del que, ante la reconocida ausencia de las formalidades previstas en la ley para los contratos estatales, no es posible señalar que se materializó como un verdadero contrato cuyas obligaciones, cumplimiento o ejecución puedan ser discutidas por la vía de la acción de controversias contractuales.

Sin embargo, también se advierte que en forma subsidiaria se plantearon pretensiones de índole extracontractual, al pretender la actora el resarcimiento del presunto enriquecimiento sin causa a favor del ente público accionado, en detrimento de su patrimonio, al señalar que *“la acción in rem verso se intenta, en esta demanda, como petición subsidiaria”*, de modo tal que así planteada la

⁴ Artículo 16°.- *“De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”*.

controversia nada obsta para señalar que tal pretensión sí puede encontrar un estudio de fondo, más no a través de la acción del artículo 87 del Código Contencios Administrativo, sino por intermedio de la prevista en el artículo 86 *ibídem*, tal como lo dejó en claro la Sección en el pronunciamiento de unificación sobre la acción procedente en estos eventos, luego de considerar⁵:

Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa.

Se recuerda que, de un lado, se prohija las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

*En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la *condictio* perteneciente a la respectiva materia, materia esta que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento.*

Ulteriormente, a partir de la construcción de la escolástica cristiana y de la escuela del derecho natural racionalista, se entendió que la prohibición de enriquecerse a expensas de otro era una regla general que derivaba del principio de la equidad y que por lo tanto resultaba aplicable también para todas aquellas otras hipótesis en que alguien se hubiera enriquecido en detrimento de otro, aunque tales casos no estuvieran previstos en la ley.

Este proceso culminó cuando Aubry y Rau entendieron y expresaron que la actio de in rem verso debía admitirse de manera general para todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona, sin causa legítima, se enriquecía en detrimento del de otra y siempre y cuando el empobrecido no contara con ninguna otra acción derivada de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito para poder obtener la restitución.

Así que entonces la autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere.

Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera (Sala Plena), sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Emerge por consiguiente que la acción de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro.

Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la acción de in rem verso, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental.

Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.

Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que en ese caso puede pedir y nada más.

Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

En efecto, la Sala entiende que más que una verdadera acción, la *de in rem verso* constituye una pretensión tendiente a la reparación de un daño sin respaldo contractual; de tal manera, la acción procedente para conocer del asunto corresponde sin duda a la de reparación directa, a la que no se opone la forma en que fueron planteadas las pretensiones y que, por el contrario, encuentra sustento en la pretensión subsidiaria planteada, que debe ser materia de análisis en los términos de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado.

Lo anterior resulta posible por cuanto (i) desde un principio la demandada tuvo conocimiento de la *causa petendi* y de las pretensiones que como principales y subsidiarias se plantearon, de modo tal que se garantizó su derecho de contradicción y defensa, al tiempo que (ii) tanto la acción del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, como la prevista en el artículo 87 son susceptibles de ser tramitadas por el mismo procedimiento, por lo que no

aparece ninguna irregularidad en el trámite que impida emitir un pronunciamiento de mérito.

Lo que sí es claro es que las pretensiones de índole contractual no tienen cabida frente a la ejecución de prestaciones ajenadas a un acuerdo de voluntades suscrito en los términos legales, por lo que en forma oficiosa se declarará probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por indebida escogencia de la acción, frente a las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria de responsabilidad contractual de la administración, frente a las que no podrá haber pronunciamiento de fondo. Ello no obsta para que pueda continuar la Sala con el estudio del caso frente a la pretensión subsidiaria, esta sí procedente, encaminada a que se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa y se paguen las obras ejecutadas sin contrato.

1.3. Legitimación en la causa

La actora, presuntamente empobrecida tiene legítimo interés para conformar el extremo activo; por su parte, la demandada, quien se afirma fue la beneficiaria de las prestaciones ejecutadas y no pagadas, es la llamada a fungir como extremo pasivo de la controversia.

1.4. La caducidad de la acción

La ausencia de caducidad de la acción constituye un verdadero presupuesto procesal de la acción bajo el entendido que ante su acaecimiento impide llevar el conflicto al conocimiento del juez, de forma tal que el artículo 143 *ibídem* dispone que *“se rechazará de plano la demanda cuando haya caducado la acción”*.

El estudio de este presupuesto resulta obligatorio para el juzgador, aun cuando las partes no lo aleguen, por disposición del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo que ordena que *“en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentra probada”*.

La caducidad afecta el derecho de acción de modo tal que cuando se configura el ciudadano pierde la posibilidad de acudir al juez para hacer efectivo su derecho sustancial, instituto procesal que opera por disposición de la ley y que debe ser declarado, aún de oficio, por el juez.

La verificación de ese presupuesto procesal impone determinar (i) cuál es la fuente del daño en cada caso particular y (ii) el conocimiento que sobre su acaecimiento ha tenido la víctima, de modo tal que no puede contabilizarse ese plazo cuando no es conocido por el interesado, pues en esos eventos su inacción está justificada en ese desconocimiento.

En cuanto a la caducidad de la acción, la Sección Tercera de la Corporación, al conocer el presente caso por virtud de la apelación promovida contra el auto por medio del cual se rechazó la demanda (fl. 95, c. 1), decidió que el asunto fue promovido en término y dispuso la admisión de la demanda. Lo anterior por cuanto se consideró en aquel momento que en los términos del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, las acciones civiles derivadas de una omisión de la administración prescriben en 20 años, por tratarse, según se estimó, de pretensiones de índole contractual.

Para arribar a la referida conclusión, se consideró en esa oportunidad que lo reclamado en la demanda es el pago de unas obras que terminaron de ejecutarse en junio de 1998, conclusión a la que se llegó luego de considerar que pericialmente se estableció, en dictamen rendido el 5 de julio de 2000, que la antigüedad de la pintura aplicada era de dos años (fl. 42 y s.s., c. 1), de modo tal que podía reclamarse la presunta omisión en el pago hasta junio del año 2018, en los términos de la referida norma.

En efecto, la jurisprudencia de la época interpretaba que tratándose de la responsabilidad patrimonial de las partes, la acción podía interpretarse dentro de los 20 años siguientes, tal como se afirmó en la sentencia de 19 de octubre de 2000, exp. 12393, citada como fundamento del aludido auto, pues se consideró, en su momento, que la Ley 80 de 1993 modificó el término de caducidad previsto

en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, en relación con los asuntos derivados de la responsabilidad civil de la administración frente a sus contratistas.

Dicha discusión solo vino a ser zanjada tiempo después, con la expedición y aplicación jurisprudencial de la Ley 446 de 1998, en cuanto modificó los términos de caducidad de las acciones y reguló en forma específica el término para acudir al juez en los distintos supuestos de hecho que dan lugar a las acciones contencioso administrativas.

Empero, en la época en que terminó la ejecución de las prestaciones cuyo pago se pretende (junio de 1998) no regía aún la Ley 446 de 7 de julio de 1998, por lo que el criterio jurisprudencial que se aplicó para disponer la admisión del asunto estaba acorde con la regulación de la época y con la posición de acuerdo con la cual la Ley 80 de 1993 modificó el término de caducidad de las acciones tendientes a obtener la responsabilidad civil de la administración frente a sus contratistas.

En los referidos términos, aunque ese criterio jurisprudencial ha variado, podría considerarse que la Sala está llamada a mantenerlo por ser el aceptado al momento de la admisión de la demanda⁶, lo cierto es que ello no resulta posible en el presente asunto, por cuanto las consideraciones tenidas en cuenta para admitir la demanda fueron relativas a la temporalidad de la acción contractual, que claramente no resultan aplicables al *sub lite* bajo el entendido de que, como se vio, la acción idónea para despachar de fondo las pretensiones incoadas es la de reparación directa, única bajo la cual sería posible desatar lo pedido en la demanda, que, se insiste, por no estar comprendido en la relación contractual, no puede tramitarse por la vía del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como quedó establecido *supra* al pronunciarse la Sala sobre la improcedencia de dicha acción.

⁶ En reciente pronunciamiento, la Sala avaló la interpretación que sobre el tema de la caducidad de la acción realizó la Corporación en el momento de la admisión de la demanda⁶ y consideró que, definido el asunto mediante decisión ejecutoriada, era preciso atenerse a lo ya resuelto. Ver. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de mayo de 2016, exp. 33.126, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Así, establecido como está que la fuente del daño en este caso particular es evidentemente extracontractual, se impone aplicar al presente caso el término de caducidad correspondiente, esto es, el definido en el artículo 136 *ejusdem*⁷, de acuerdo con el cual la acción debió promoverse dentro de los dos años siguientes al acaecimiento del fundamento fáctico que le sirve de causa, de modo tal que como las prestaciones cuyo pago se reclama terminaron de ejecutarse en junio de 1998, la demanda debió ser promovida a más tardar en junio de 2000; empero, lo fue el 30 de octubre de 2002 (fl. 14, c. 1), cuando ya había precluido la oportunidad para accionar.

Por ende, no queda camino distinto a declarar probada, en forma oficiosa, la excepción de caducidad de la acción, lo que sin duda impide que se acojan las pretensiones. Empero, la decisión deberá ser modificada para que contenga el pronunciamiento expreso sobre las excepciones que se declaran prósperas.

5. Costas

No hay lugar a condena en costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda a imponerlas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia de 4 de abril de 2008, proferida por el Tribunal

⁷ Norma que según su texto vigente antes de la expedición de la Ley 446 de 1998 disponía: “*La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos*”.

Administrativo de Bolívar. Su parte resolutive quedará así:

PRIMERO. DECLARAR probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, frente a las pretensiones principales de la demanda, de índole contractual.

SEGUNDO. DECLARAR probada, de oficio, la excepción de caducidad de la acción frente a las pretensiones subsidiarias, de índole extracontractual.

TERCERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO. Sin costas.

QUINTO. En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado Ponente