

**PARTICIPACION PORCENTUAL - Su cobro no es un enriquecimiento sin justa causa. Monopolio rentístico de licores, Fábrica de Licores del Tolima / PARTICIPACION PORCENTUAL - Actividades rentísticas de distribución de licores. Su cobro se encuentra regulado por ley y normas reglamentarias / PARTICIPACION PORCENTUAL - Actividades rentísticas de distribución de licores. La inconformidad con los actos administrativos que disponen su cobro debe recurrirse por vía de acción de nulidad y restablecimiento del derecho / NULIDA Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Vía para la discusión de la legalidad de cobro de participación porcentual en actividades rentísticas de licores**

Concluye la Sala que no están dados los elementos para considerar que los pagos por “participación porcentual” son carentes de causa, en la medida en que, se insiste, se trata de unas erogaciones que deben hacerse a favor del departamento por virtud de las previsiones establecidas en la ley y los reglamentos, cuyos parámetros fueron consagrados en un acto administrativo expedido por la Fábrica de Licores del Tolima, y cuya legalidad no puede controvertirse mediante una acción de reparación directa como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala. (...) es necesario tener en cuenta que cuando la Fábrica de Licores del Tolima contestó la demanda, allegó copia auténtica de los contratos suscritos el 9 de noviembre y el 3 de diciembre de 1999 que tenían por objeto la “introducción” de alcoholes por parte del establecimiento de comercio de propiedad de la actora, en el cual se pactó que el contratista pagaría al departamento una “participación porcentual” en un monto del “...cuatro punto cinco por ciento (4.5 %) sobre el precio promedio por tipo de productos determinados semestralmente por el DANE...”, lo que implica que, en el marco de dichos acuerdos de voluntades, tampoco podría considerarse como “sin causa” la participación porcentual en torno a la cual gira la presente controversia. (...) Ello quiere decir que, si se trata de prestaciones económicas pagadas en el marco de una relación contractual, entonces es procedente considerar que el acuerdo de voluntades constituye su causa, de lo que se sigue, a su vez, la palmaria improcedencia de la actio in rem verso a través de una acción de reparación directa, de cara a una situación frente a la cual, en el mejor de los casos, sería procedente la interposición de una demanda referida a controversias contractuales. De este modo, la Sala considera que la demanda es sustantivamente inepta –por indebida escogencia de la acción-, en la medida en que la acción de reparación directa no es idónea para ventilar controversias contractuales. En todo caso, como la decisión administrativa causante del daño no fue expedida en el marco de la relación contractual, entonces resultaría imposible analizar su legalidad a través de una eventual acción contractual y, además, debe tenerse en cuenta que si en el presente caso la demanda se interpretara como una acción de dicho tipo, con ello se estaría variando la causa petendi lo que, a su vez, podría implicar un desconocimiento del derecho a la defensa de la entidad demandada. (...) Como corolario de lo anterior, para la Sala resulta indudable que el cobro y pago de la llamada “participación porcentual departamental” es un hecho jurídico que sí tiene causa y, por lo tanto, no es procedente adelantar la acción de enriquecimiento sin causa para efectos de alegar que hubo un acrecimiento patrimonial injustificado a favor de la Fábrica de Licores del Tolima, hecho que hace que sea inepta la demanda presentada por la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, lo que implica, además, que sea necesario proferir un fallo inhibitorio, ante la imposibilidad de analizar –en el marco de una acción de reparación directa- la legalidad de las normas en las que se consagró el pago de la denominada “participación porcentual”.

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto del monopolio rentístico por parte del Estado en la comercialización de licores ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Indebida escogencia de la acción. Actio in rem verso o acción de enriquecimiento sin justa causa, sólo procede para asuntos derivados de la relación contractual / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Improcedencia para discutir asuntos de nulidad de acto administrativo / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procede reclamación de perjuicios por enriquecimiento sin justa causa. Actio in rem verso / ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procede reclamación de perjuicios por vía de la acción de reparación directa, con un contenido compensatorio y no indemnizatorio / DEMANDA - Requisito formal. Debida escogencia de las acciones contencioso administrativas / DEMANDA - Excepción. No se declarará probada la excepción de habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde**

El adecuado ejercicio de las vías procesales para demandar es un requisito sustancial indispensable para que se pueda analizar de fondo un determinado caso. Así, cuando el menoscabo cuyo restablecimiento se pretende tiene su causa en un acto administrativo, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que cuando el daño proviene de un hecho, una omisión, una operación administrativa, o la ocupación temporal o permanente de un inmueble, lo adecuado es la instauración de una acción de reparación directa; y en los eventos en que se trata de un perjuicio causado en el marco de una relación contractual, el mecanismo procesal procedente para obtener su reparación es el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales. (...) En las más recientes sentencias de las Subsecciones, se ha determinado que, a pesar de que la actio in rem verso no tiene carácter indemnizatorio, es posible incoar una acción de reparación directa para alegar la existencia de un enriquecimiento sin causa, aunque ésta tendría un carácter compensatorio y no indemnizatorio (...) En el orden de ideas anteriormente expuesto, para la Sala es claro que, independientemente de la discusión en torno al tema de la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en el marco de un alegado enriquecimiento sin causa, resulta procedente y adecuado que la alegación de la denominada actio in rem verso se haga a través de una acción de reparación directa, tal como fue unificado el criterio en reciente pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado (...) En el caso concreto, la Señora Blanca Cecilia Pérez de Franco presentó una acción de reparación directa para alegar un supuesto enriquecimiento sin causa que la perjudicó y que favoreció a la entidad demandada, lo cual, de acuerdo con el criterio jurisprudencial precedente, es en principio procedente, sin perjuicio de que en análisis ulteriores de esta providencia se analice el carácter incausado del alegado enriquecimiento. (...) La Sala comparte la decisión del *a-quo* en el sentido de inhibirse de resolver de fondo las pretensiones de la demanda. No obstante, como ya se indicó, la sentencia de primera instancia será modificada en el entendido que no se declarará probada la excepción de "habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde".

**FUENTE FORMAL:** LEY 14 DE 1983 - ARTICULO 61 / LEY 14 DE 1983 - ARTICULO 63 / RESOLUCION N 24 DE 1996 / ORDENANZA DEPARTAMENTAL N 057 DE 1991 - ARTICULO 32 / ORDENANZA DEPARTAMENTAL N 057 DE 1991 - ARTICULO 33 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema ver la sentencia de 14 de noviembre de 2012, exp. 24897, y la sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 21534. En referencia al carácter compensatorio de la acción de reparación directa cuando se debate perjuicios por enriquecimiento sin justa causa ver el fallo de 12 de mayo de 2011, exp. 26758, y en igual sentido ver el fallo de Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35026

**DEMANDA - Inepta demanda. Indebida escogencia de la acción / DEMANDA - rechazo por indebida escogencia de la acción / DEMANDA - Indebida escogencia de la acción. Si la demanda fue admitida procede fallo inhibitorio / SENTENCIA INHIBITORIA - indebida escogencia de la acción**

Cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación o la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver los fallos: 6 de julio de 2006, exp. 15356; 22 de marzo de 2007, exp. 13858; 23 de abril de 2008, exp. 15906; 3 de diciembre de 2008, exp. 16054; 3 de febrero de 2010, exp. 19417, entre otras

**ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Presupuestos de su configuración**

Presupuesto esencial para que se determine la prosperidad de la actio in rem verso que en determinado evento se incoe, es que se acredite con las pruebas del proceso, y que con los hechos de la demanda se ilustre, que ha existido un enriquecimiento sin causa, fenómeno jurídico que, de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sección, está caracterizado por los siguientes rasgos. En primer lugar, es pertinente tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa ha sido entendido como una fuente autónoma de obligaciones y derechos, (y) ha sido definido como un principio general del derecho que tiene fuerza vinculante propia (...) En segundo orden, para la existencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa, es necesaria la demostración (...) (i) la existencia de un empobrecimiento en el patrimonio del interesado, (ii) un enriquecimiento en el peculio de la contraparte, y (iii) una correlación entre ambos fenómenos, (...) es un hecho jurídico en el que es irrelevante la actuación subjetivamente calificada –como dolosa o culposa- de las partes que intervinieron en el hecho, y sólo se observa, para la comprobación del fenómeno y consiguiente prosperidad (...) el cumplimiento de las condiciones objetivas antes aludidas. (...) En tercer lugar, no debe perderse de vista que la teoría del enriquecimiento sin causa está basada en otros principios generales del derecho, como son la equidad, la buena fe y la justicia, (...) Por último, debe tenerse en cuenta que (...) la acción por enriquecimiento sin causa para el pago de sumas de dinero que deberían haberse erogado en el marco de una relación contractual, queda circunscrita a (...) excepciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 8 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 831

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la teoría del enriquecimiento ilícito como fuente autónoma ver sentencias de 21 de octubre de 2009, exp. 37243; 8 de mayo de 1995, exp. 8118, y 1 de abril de 1993, exp. 6033

**ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA  
- Definición, noción**

Ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como aquella que debe interponerse para obtener el restablecimiento de la situación que ha sido alterada por un enriquecimiento sin causa, y que ostenta, por un lado, la característica de ser un mecanismo procesal subsidiario que sólo es procedente si el interesado no cuenta con otras vías de acción.

**ACTIO IN REM VERSO O ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA  
- Características. Se ejerce con fines compensatorios y como mecanismo subsidiario**

Del mismo modo, la acción bajo estudio cuenta con la cualidad de ser compensatoria –no resarcitoria-, en la medida en que con ella no se busca la indemnización de perjuicios, sino el restablecimiento de un acrecimiento patrimonial injustificado. En relación con el carácter subsidiario de la actio in rem verso, la Sección Tercera ha sido enfática en precisar que la procedibilidad de aquélla está condicionada a que el interesado no cuente con otra vía de defensa judicial, de tal forma que sólo el enriquecimiento carente de causa, y correlativo al empobrecimiento del demandante, da lugar al ejercicio de la referida acción. (...) En lo atinente al carácter compensatorio de la acción por enriquecimiento injusto, la Sección Tercera ha tenido la oportunidad de precisar que aquélla no tiene por finalidad lograr una indemnización o un resarcimiento, sino simplemente buscar un restablecimiento de la situación patrimonial de las partes interesadas, eliminando el acrecimiento de un patrimonio para, a su vez, eliminar el decrecimiento del otro.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular ver sentencias de 29 de enero de 2009, exp. 15662; 26 de mayo de 2010, exp. 29402, y 22 de julio de 2009, exp. 35026

**COSTAS - No condena**

Para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el sub lite ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D. C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 73001-23-31-000-1999-02511-01(26847)**

**Actor: BLANCA CECILIA PEREZ DE FRANCO**

**Demandado: FABRICA DE LICORES DE TOLIMA Y OTRO**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 18 de diciembre de 2003, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, por medio de la cual por medio de la cual declaró probada la excepción de “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*” y, en consecuencia, se inhibió para resolver las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

### **SÍNTESIS DEL CASO**

La señora Blanca Cecilia Pérez de Franco quien, a través de su establecimiento de comercio Vinícola Oro Viejo, se dedica a la producción de diversas bebidas alcohólicas, pagó a la Fábrica de Licores del Tolima, en los años 1997, 1998 y 1999, las sumas correspondientes a la denominada “*participación porcentual departamental*”, en una proporción equivalente al 4.5% mensual sobre los precios del licor que, mes a mes, debía certificar el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. A pesar de que el DANE nunca calculó y tampoco dejó constancia de los precios que debían servir de base para el cálculo de la llamada “*participación porcentual*”, la Fábrica de Licores del Tolima efectuó el cobro de dicho rubro, lo que podría constituir un enriquecimiento sin causa a favor de las entidades demandadas.

### **ANTECEDENTES**

#### **I. Lo que se demanda**

1. Mediante escrito presentado el 4 de noviembre de 1999 ante el Tribunal Administrativo del Tolima (f. 1-146, c. 1), la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, a través de apoderado, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el departamento del Tolima y la Fábrica de Licores del Tolima. En consecuencia, solicitó que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA: Que se declare que las entidades públicas demandadas, son administrativamente responsables por beneficiarse sin causa legal y en perjuicio de la demandante BLANCA CECILIA PÉREZ DE FRANCO, con ocasión del cobro de la denominada participación porcentual del alcohol, y en razón de las compras que de dicha materia prima efectuara mi prohijada durante el período comprendido entre el día 30 de octubre de 1997 y hasta la fecha.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que las entidades públicas demandadas, paguen a la demandante BLANCA CECILIA PÉREZ DE FRANCO, el monto de los perjuicios causados en virtud del beneficio que sin causa legal percibieron durante el periodo comprendido*

entre el día 30 de octubre de 1997 y hasta la fecha así:

2.1. Por concepto de daño emergente la suma de TRECE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$13 361 165, 00), o el valor que resulte demostrado, correspondiente al valor de los dineros recaudados ilegalmente por las demandadas durante el período en cuestión.

2.2. Por concepto de daño emergente la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS (\$110 000 000, 00) Mcte, o la suma que resulte demostrada, correspondiente al valor de los perjuicios irrogados a mi cliente, con ocasión de la afectación por pérdida del mercado de licores y disminución de su volumen de ventas y en virtud del ilegal incremento de los costos de producción por pago de la participación porcentual.

2.3. Por concepto de lucro cesante, el reconocimiento de intereses comerciales respecto de los valores de que trata el numeral 2.1. del presente capítulo.

2.4. De manera subsidiaria de la anterior petición (numeral 2.3) se reconozcan intereses legales respecto de la pretensión de que trata el numeral 2.1. del presente capítulo.

2.5. Por concepto de lucro cesante, el reconocimiento de intereses comerciales respecto de la pretensión de que trata el numeral 2.2 del presente capítulo.

2.6. De manera subsidiaria de la anterior petición (numeral 2.5), por concepto de lucro cesante, el reconocimiento de intereses legales respecto de la pretensión de que trata el numeral 2.2 del presente capítulo.

3. Que las sumas objeto de condena sean indexadas conforme al procedimiento regularmente aceptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades públicas demandadas.

5. Que se disponga que la sentencia deberá cumplirse en los precisos términos consignados en el Decreto 01 de 1984 para el efecto.

1.1 Como fundamento de sus pretensiones, la demandante sostuvo que durante el período comprendido entre el 30 de octubre de 1997 y la fecha de presentación de la demanda -4 de noviembre de 1999-, adquirió de la Fábrica de Licores del Tolima abundantes cantidades de alcohol, materia prima que le era necesaria para la elaboración de sus productos comerciales, y pagó por dicho concepto, cuantiosas sumas de dinero correspondientes a la denominada “participación porcentual” establecida en la ley y las ordenanzas departamentales, como retribución por el monopolio rentístico que constituye a favor del departamento la comercialización de bebidas alcohólicas.

1.2 Señaló que los pagos efectuados con ocasión de la aludida participación porcentual, constituyen un enriquecimiento sin causa a favor del departamento del Tolima y de la Fábrica de Licores del Tolima, y en contra del patrimonio de la actora, en la medida en que para el período aludido en la demanda, no existía una

base gravable que permitiera establecer el monto de los pagos que debían hacerse.

1.3 Frente a esto último, adujo que la Ordenanza Departamental n.º 057 del 31 de diciembre de 1997 estableció que para la determinación del monto de la participación porcentual que debía pagársele a la Fábrica de Licores del Tolima, debían tenerse en cuenta las determinaciones que hiciera el DANE sobre el precio promediado de los alcoholes. Manifestó que como el DANE nunca realizó dicho promedio, entonces no existía una “base gravable” que sirviera para establecer el precio a pagar a la fábrica licorera, razón por la que toda suma que se hubiera pagado por dicho concepto, constituía un acrecimiento injustificado del patrimonio del departamento del Tolima.

## II. Trámite procesal

2. La Fábrica de Licores del Tolima y el departamento del Tolima, presentaron **contestación de la demanda** (f. 159-162 y 173-176, c.1), y solicitaron que se denegaran las pretensiones de la parte actora. En resumen, manifestaron que algunos de los hechos narrados en el libelo introductorio no eran ciertos, pues el cobro realizado se hizo con ocasión de un contrato suscrito entre la demandante y la mencionada industria licorera, por lo que no es posible afirmar que se trata de un tributo, como pretende hacerlo ver la actora.

2.1. Adicionalmente, propusieron la excepción de “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*”. Al efecto, sostuvieron que ha debido presentarse una acción de nulidad y restablecimiento de carácter contractual, comoquiera que el daño alegado por la parte actora proviene de la forma en que se aplicó el “*contrato de introducción de licores*” suscrito entre las partes demandante y demandada, como prueba de ello anexaron copia auténtica de los contratos del 9 de noviembre y del 3 de diciembre de 1999, suscritos entre la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco y el departamento del Tolima.

3. Surtido el trámite de rigor, y practicadas las pruebas decretadas<sup>1</sup>, el tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión**<sup>2</sup>, oportunidad procesal de la cual hizo uso la parte demandante, quien reafirmó las razones y manifestaciones hechas en la demanda. Las demandadas guardaron silencio (f. 206-211, c1).

4. El Tribunal Administrativo del Tolima profirió **sentencia de primera instancia** el 18 de diciembre de 2003 (f. 228-235, c. ppl.), en la que resolvió:

*Primero. DECLARAR probada la excepción de HABÉRSELE DADO A LA DEMANDA EL TRÁMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE, de conformidad a lo manifestado en la considerativa.*

*Segundo. INHIBIRSE de fallar de fondo la presente Acción de Reparación Directa de VINÍCOLA ORO VIEJO contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FÁBRICA DE LICORES DEL TOLIMA, de conformidad a lo expresado en la parte considerativa del fallo.*

4.1. El *a quo* consideró que la excepción de “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*” tenía vocación de

<sup>1</sup> El *a quo* las decretó a través de auto del 10 de agosto de 2000 (f. 178-179, c. 1).

<sup>2</sup> En auto del 15 de marzo de 2002 (f. 202, c. 1).

prosperidad, en tanto que en el *sub-exámene* “*lo que se solicita es la declaratoria de responsabilidad administrativa derivada del cobro de una participación porcentual a favor del departamento del Tolima, la cual tiene su fundamento en un acto administrativo por medio del cual se ordenó el pago de la mencionada contribución*”. En ese orden de ideas, sostuvo que “*el libelista erró en la escogencia de la acción*” comoquiera que lo propio era interponer, dentro del término contemplado en el artículo 136 del C.C.A., la de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Contra la decisión antes reseñada, la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** (f. 237-244, c. ppl), en el cual solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se hiciera un estudio de fondo de las súplicas de la demanda pues, a su juicio, el *a-quo* se equivocó al considerar que lo que se pretende en la demanda es discutir la legalidad de la Ordenanza Departamental n.º 057 del 31 de diciembre de 1997. Aseveró que, de la lectura de los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda, resulta claro que lo que se busca es obtener la indemnización de los perjuicios causados con la indebida aplicación del estatuto rentístico, la cual constituyó una operación administrativa contraria a derecho, habida cuenta de que el cobro de la participación porcentual se hizo sin tener una base gravable, en tanto el DANE no certificó el promedio de precios de los licores. Así las cosas, sostuvo que se presentó un enriquecimiento sin causa por parte de las demandadas que le causó un empobrecimiento y, por tanto, la acción procedente es la de reparación directa.

6. Una vez surtido el trámite correspondiente en la segunda instancia, se corrió traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión**<sup>3</sup>, pero éstas guardaron silencio. Por su parte el **Ministerio Público**, solicitó que se revocara la sentencia y en su lugar se condenara a las demandadas al pago de los perjuicios que fueron probatoriamente soportados en el expediente. Sostuvo que los hechos que dieron origen a la demanda, no tienen que ver con la legalidad de la Ordenanza n.º 057 de 1997, sino que se trata de actos de ejecución que encajan perfectamente en la definición de operación administrativa (f. 256-267, c. ppl.).

## CONSIDERACIONES

### III. Competencia

7. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en un proceso que, por su cuantía (f. 127, c.1)<sup>4</sup>, tiene vocación de doble instancia.

### IV. Hechos probados

8. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo,

<sup>3</sup> Mediante auto del 14 de mayo de 2004 (f. 254, c. ppl.).

<sup>4</sup> En la demanda se estima el valor de la mayor pretensión, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales –daño emergente- a favor de la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, en la suma de ciento diez millones de pesos m/cte (\$110.000.000). Se aplica en este punto el numeral 10º del artículo 2o del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en el año 1999 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$188.500.000,00.

valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

8.1. Desde el 17 de noviembre de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda –octubre de 1999–, la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco tenía como actividad comercial la producción y comercialización de vinos y licores a través del establecimiento de comercio de su propiedad, Vinícola Oro Viejo (según el certificado de matrícula de persona natural suscrito por el Secretario de la Cámara de Comercio de Ibagué el 2 de noviembre de 1999, allegado en original con la demanda, f. 2-3, c.1).

8.2. El 19 de enero de 1996, la Fábrica de Licores del Tolima, fijó el precio de venta del alcohol extrafino de 96 grados, en \$1 458 pesos el litro, dentro del cual se incluye el rubro correspondiente a la participación porcentual en un monto de \$182 pesos. En la parte considerativa se dejó dicho que “... el Decreto n.º 531 de junio de 1995 del Departamento del Tolima, fijó como participación departamental un 4.5% del precio promedio nacional de los aguardientes anisados que semestralmente certifique el DANE...” (copia auténtica de la Resolución n.º 0024 del 19 de enero de 1996, f. 6, c. 6). El aparte resolutivo de la referida resolución, es del siguiente tenor:

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO: Fijar el precio de venta del litro de Alcohol Extrafino de 96º, así:*

<i>Precio fábrica:</i>	<i>\$1 100.00</i>
<i>Iva:</i>	<i>\$176.00</i>
<i>Part. Dptal</i>	<i>\$182.08</i>

---

<i>Total:</i>	<i>\$1 458.08</i>
---------------	-------------------

8.3. El 31 de diciembre de 1997, la Asamblea Departamental del Tolima adoptó la ordenanza n.º 057 del 31 de diciembre de 1997, “*Por la cual se expide el Estatuto de Rentas del Departamento del Tolima*”, cuyo capítulo II del título II –artículos 32 a 39- se regulan los temas tributarios y rentísticos relacionados con el monopolio de alcoholes. (copia auténtica de la ordenanza, f. 84-192, c. 6).

8.4. El establecimiento de comercio denominado Vinícola Oro Viejo, realizó numerosas compras de alcohol extrafino a la Fábrica de Licores del Tolima entre el 20 de julio de 1997 y el 17 de junio de 1999, transacciones por las cuales canceló varias sumas de dinero por concepto de participación porcentual, según consta en la copia auténtica de las respectivas facturas expedidas por la Secretaría de Hacienda del departamento del Tolima (f. 1-82 c. 5 y f. 8-78, c. 6).

8.5. El 9 de noviembre y el 3 de diciembre de 1999 la Fábrica de Licores del Tolima suscribió con la señora Pérez de Franco los contratos de introducción de alcohol extrafino, cuyo objeto era autorizar a esta última, a través del establecimiento de comercio de su propiedad, para la introducción del mencionado producto. En la cláusula tercera de los respectivos contratos se estableció en relación con la llamada “participación por alcoholes”:

**... TERCERA. LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA PARTICIPACIÓN POR ALCOHOLES.** EL CONTRATISTA pagará al DEPARTAMENTO una tarifa del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) sobre el precio promedio por tipo de

*productos determinados semestralmente por el DANE por cada litro de alcohol introducido, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Estatuto de Rentas. La liquidación de la participación por la introducción será por períodos mensuales y su pago se hará dentro de los cinco días calendario siguientes al vencimiento de cada período. PARÁGRAFO. En caso de que el contratista no pueda introducir al Departamento la totalidad de litros de alcohol autorizados en el presente contrato, sólo se liquidará la participación sobre el número de litros introducidos durante la vigencia del presente contrato...* (copia auténtica de los contratos f. 155-156 y 157-158, c.1).

## **VI. Problema jurídico**

9. Para establecer si es procedente emitir un pronunciamiento de fondo frente al proceso de la referencia, es preciso que la Sala determine si fue adecuada la escogencia de la acción que enervó la parte actora por el presunto enriquecimiento sin causa que, supuestamente, acreció el patrimonio de la Fábrica de Licores del Tolima, cuestión en la que deberá darse solución a los siguientes interrogantes:

9.1 En primer lugar, es necesario establecer si es posible tramitar a través de una acción de reparación directa, las pretensiones relacionadas con el enriquecimiento sin causa. En caso en que se diga que ello es factible, será procedente, acto seguido, establecer si en el presente proceso se reúnen los requisitos para que se entienda existente el enriquecimiento injusto que alega la accionante.

9.2 Comoquiera que se dirá, en respuesta a la cuestión anterior, que el daño cuya indemnización solicita el demandante no está originado en el supuesto enriquecimiento sin causa que se alega de la entidad demandada, entonces será necesario determinar cuál era la acción procedente: si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si la de controversias contractuales, o si la de reparación directa.

## **VII. Análisis de la Sala**

10. En lo que tiene que ver con la excepción propuesta por las entidades demandadas y declarada probada por el *a quo*, esto es, la de "*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*", la Sala considera que, según los argumentos expuestos, lo que con ella se pretendía era poner de presente que, de conformidad con los hechos y las pretensiones desarrolladas en la demanda, la parte actora se habría equivocado al escoger el medio procesal para acudir ante esta jurisdicción, es decir, que se configuraría una **ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción**, lo cual conlleva a un fallo inhibitorio. En estos términos y comoquiera que, como pasa a explicarse, la Sala encuentra que, efectivamente y tal como lo consideró el *a quo*, la acción incoada no era la idónea, habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto se inhibió para pronunciarse de fondo, pero se modificará en lo relacionado con la prosperidad de la excepción, tal como fue formulada.

10.1 En efecto, de acuerdo con el criterio de esta Sala, reiterado recientemente en sentencia de 22 de noviembre de 2012<sup>5</sup>, cuyas consideraciones serán retomadas ampliamente por haber resuelto un caso idéntico al que aquí nos ocupa, el adecuado ejercicio de las vías procesales para demandar es un requisito

---

<sup>5</sup> Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, n.º interno 21534.

sustancial<sup>6</sup> indispensable para que se pueda analizar de fondo un determinado caso. Así, cuando el menoscabo cuyo restablecimiento se pretende tiene su causa en un acto administrativo, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que cuando el daño proviene de un hecho, una omisión, una operación administrativa, o la ocupación temporal o permanente de un inmueble, lo adecuado es la instauración de una acción de reparación directa; y en los eventos en que se trata de un perjuicio causado en el marco de una relación contractual, el mecanismo procesal procedente para obtener su reparación es el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales. Al respecto, en la sentencia del 7 de junio de 2007 se dijo:

*Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, es necesario establecer cuál es el origen del daño que se alega, para determinar así mismo, cuál es la acción correcta; puesto que si aquel procede o se deriva directamente de un acto administrativo que se considera ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A; pero si el daño proviene del incumplimiento de una obligación contractual, o del proferimiento de actos administrativos contractuales, o, en fin, de una relación contractual existente entre el afectado y la entidad estatal, las reclamaciones que pretendan efectuarse con fundamento en la misma, deberán encauzarse por la vía de la acción relativa a controversias contractuales, contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.*

*Pero si el daño proviene, como lo dice el artículo 86, de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, la acción procedente será la de reparación directa<sup>7</sup>.*

10.2 Cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación o la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior<sup>8</sup>.

10.3 Se tiene entonces, que es la fuente del daño cuyo restablecimiento se

<sup>6</sup> Que la adecuada escogencia de la acción es un requisito sustancial de la demanda, y no meramente formal, es un criterio que ha sostenido la Sala en forma reiterada y uniforme. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera: auto del 22 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, n.º interno 23532; auto del 30 de marzo de 2006, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, n.º interno 31789; y auto del 19 de julio de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, n.º interno 30905, entre otras.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 70001-23-31-000-1996-06022-01(16474), actor: municipio de Sampedra, demandado: Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana – INURBE.

<sup>8</sup> En relación con este punto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera de esta Corporación: sentencia del 6 de julio de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, n.º interno 15356, radicación n.º 25000-23-26-000-1995-000691-01; sentencia del 22 de marzo de 2007, n.º interno 13858, radicación n.º 11001-23-26-000-00397-01, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 23 de abril de 2008, n.º interno 15906, radicación n.º 25000-23-26-000-1995-01400-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 3 de diciembre de 2008, n.º interno 16054, radicación n.º 50001-23-26-000-1996-01901-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 3 de febrero de 2010, n.º interno 19417, radicación n.º 44001-23-31-000-1999-00608-01, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 10 de abril de 2010, n.º interno 17311, radicación 25000-23-26-000-1992-08151-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de abril de 2010, n.º interno 18530, radicación n.º 68001-23-15-000-1995-01096-01, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 23 de junio de 2010, n.º interno 18319, radicación n.º 85001-23-31-000-1998-00129-01, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; sentencia del 11 de agosto de 2010, n.º interno 17609, radicación n.º 50001-23-31-000-1996-05910-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; entre otras.

pretende, la que determina la acción correcta que debe ejercerse para buscar la indemnización de perjuicios. Si no se ejercita la acción por la vía adecuada, se impone el rechazo de la demanda cuando se decide sobre su admisión o, si la misma ya ha sido admitida y tramitada, es perentoria la expedición de una sentencia inhibitoria, ante la ausencia de uno de los requisitos sustanciales indispensables para poder decidir de fondo el asunto, que lo es el adecuado ejercicio de la acción o la “*demanda en forma*”<sup>9</sup>.

11. En el caso concreto, la indebida escogencia de la acción es un tema que debe examinarse en torno a dos ejes analíticos. En primer lugar deberá analizarse el tema relacionado con el enriquecimiento sin causa que se alega en la demanda y, en segundo orden, es necesario abordar el tema relacionado con la acción de reparación directa propiamente dicha, para establecer si la misma fue impetrada de forma correcta o si, por el contrario, era necesario ejercer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho o una acción de controversias contractuales.

11.1 Frente al **enriquecimiento sin causa**, la Sala considera, por un lado, que aunque el demandante afirma en las pretensiones de su demanda que la acción de que hace uso es la de reparación directa, también es claro que lo contenido en los fundamentos de hecho y de derecho del mismo libelo corresponde a lo que la jurisprudencia y la doctrina han dado en llamar una acción de enriquecimiento injusto o *actio in rem verso*, lo que hace necesario establecer si es jurídicamente adecuado tramitar las pretensiones de ésta a través de aquélla. En segundo orden, analizados los requisitos para la prosperidad de la referida acción, se observa que en el presente caso no están dados los postulados para el ejercicio de la acción aludida –acción de enriquecimiento sin causa–, en la medida en que el acrecimiento patrimonial que la demandante alega de la Fábrica de Licores del Tolima sí tiene causa, originada bien en los contratos celebrados entre las partes para la introducción de licores, o bien en las normas sobre administración del monopolio rentístico de alcoholes, lo que implica que era improcedente la *actio in rem verso* que ejerció la sociedad demandante a través de la acción de reparación directa que ahora concita la atención de la Sala.

11.1.1. En lo que tiene que ver con la acción que fue ejercida por la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, la Sala considera que aunque en el escrito de la demanda se dice que se trata de una acción de reparación directa, lo cierto es que cuando en las pretensiones se dice que la Fábrica de Licores del Tolima se benefició indebidamente de los pagos hechos por la demandante por la denominada participación porcentual “sin justa causa para ello”, lo que busca es la declaración de la existencia de un enriquecimiento injusto de la fábrica licorera, así como el correlativo empobrecimiento de la sociedad demandante, alegaciones que se hacen en procura del restablecimiento de dicha situación ante la ausencia de causa para la variación patrimonial, lo que es propio de la *actio in rem verso* que ha sido materia de variados pronunciamientos por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

---

<sup>9</sup> De acuerdo con la citada sentencia del 28 de abril de 2010 –ver *infra* nota al pie n.º 7–: “Se sabe que la demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener –mediante la sentencia– la resolución de las pretensiones que formula el demandante. Considerando, entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso jurisdiccional, es preciso tener en cuenta que la normatividad ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado “demanda en forma”.// De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, toda vez que se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la normatividad para configurarla en debida forma (...)”.

11.1.1.1 La *actio in rem verso* ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como aquella que debe interponerse para obtener el restablecimiento de la situación que ha sido alterada por un enriquecimiento sin causa, y que ostenta, por un lado, la característica de ser un mecanismo procesal subsidiario que sólo es procedente si el interesado no cuenta con otras vías de acción. Del mismo modo, la acción bajo estudio cuenta con la cualidad de ser compensatoria –no resarcitoria-, en la medida en que con ella no se busca la indemnización de perjuicios, sino el restablecimiento de un acrecimiento patrimonial injustificado<sup>10</sup>.

11.1.1.2. En relación con el carácter subsidiario de la *actio in rem verso*, la Sección Tercera ha sido enfática en precisar que la procedibilidad de aquélla está condicionada a que el interesado no cuente con otra vía de defensa judicial, de tal forma que sólo el enriquecimiento carente de causa, y correlativo al empobrecimiento del demandante, da lugar al ejercicio de la referida acción. En ese orden, no le es dable el interesado utilizar la acción de enriquecimiento sin causa cuando ha dejado transcurrir la oportunidad para ejercer otras vías de demanda, o para evadir los requisitos que deben reunirse para el ejercicio de otros tipos de acciones<sup>11</sup>.

11.1.1.3 En lo atinente al carácter compensatorio de la acción por enriquecimiento injusto, la Sección Tercera ha tenido la oportunidad de precisar que aquélla no tiene por finalidad lograr una indemnización o un resarcimiento, sino simplemente buscar un restablecimiento de la situación patrimonial de las partes interesadas, eliminando el acrecimiento de un patrimonio para, a su vez, eliminar el decrecimiento del otro. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, no es posible mediante la acción de *in rem verso* pretender el reconocimiento de frutos o indemnizaciones de perjuicios. Ello se dejó establecido, entre otras, en la sentencia del 22 de julio de 2009, en la cual se dijo en relación con el carácter compensatorio de la *actio in rem verso*:

*Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), 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*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación n.º 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), actor: Droguería Santa Fe de Arauca, demandado: Instituto de Seguros Sociales –ISS-. En otras providencias, la Sala ha destacado, además de los rasgos antes aludidos, el carácter objetivo de las verificaciones que deben hacerse en el marco de una acción de enriquecimiento sin causa. Al respecto, en la sentencia del 16 de abril de 1994 (expediente 7356, C.P. Juan de Dios Montes Hernández), había dicho la Sección Tercera: “La Sala no comparte con el a quo la tesis de la obligación solidaria deducida de la aplicación del artículo 2344 del C.C., por cuanto la acción de *in rem verso* no es una acción indemnizatoria o resarcitoria, sino compensatoria. El asunto se refieren a una pretendida obligación cuya única fuente es el enriquecimiento sin causa, vale decir, que en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal; de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existe una actuación injusta o equivocada o ilegal; es suficiente constatar un fenómeno claramente objetivo: el enriquecimiento de la entidad pública; el empobrecimiento correlativo del actor; y la inexistencia de causa que justifique ese transvase patrimonial...”.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 25000-23-26-000-2003-00616-01(29402), actor: Sociedad Subatours Ltda., demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional. En dicha providencia se dijo al respecto: “Con base en los planteamientos consignados líneas atrás se afirma que la acción de *in rem verso*, es subsidiaria, es decir, procede sólo cuando el empobrecido no tenga ninguna otra acción para restablecer el patrimonio, de manera que tampoco es procedente cuando el demandante por su negligencia ha dejado precluir la oportunidad para instaurar la acción procedente y pretende luego, para suplir su negligencia, acudir a través de la acción de *in rem verso* para reclamar la satisfacción de un derecho que podía ser satisfecho a través de una acción específica determinada por el orden jurídico”.

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. Lo anterior, como quiera que, tal y como se precisó en el acápite anterior de esta providencia, la citada fuente de las obligaciones se refiere al derecho que le asiste a la parte empobrecida –que al haber actuado de buena fe tanto en los tratos preliminares como en la ejecución de las obras o del servicio por fuera del ámbito contractual-, de ser al menos compensada en el monto en que su patrimonio fue aminorado<sup>12</sup>.*

11.1.1.4 En las más recientes sentencias de las Subsecciones, se ha determinado que, a pesar de que la *actio in rem verso* no tiene carácter indemnizatorio, es posible incoar una acción de reparación directa para alegar la existencia de un enriquecimiento sin causa, aunque ésta tendría un carácter compensatorio y no indemnizatorio<sup>13</sup>.

11.1.1.5 En el orden de ideas anteriormente expuesto, para la Sala es claro que, independientemente de la discusión en torno al tema de la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en el marco de un alegado enriquecimiento sin causa, resulta procedente y adecuado que la alegación de la denominada *actio in rem verso* se haga a través de una acción de reparación directa, tal como fue unificado el criterio en reciente pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el cual se dijo:

*Emerge por consiguiente que la actio 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 actio 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*

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio del 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), actor: Integral S.A., demandado: Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 12 de mayo de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 47001-23-31-000-2001-00399-01 (26758), actor: Sociedad Cuarto Frío, demandado: Instituto de Seguros Sociales. En dicha providencia se consigna que “...la acción de reparación directa ejercida en este caso en virtud de la *actio in rem verso* resulta improcedente, por cuanto existe una incongruencia entre lo que aduce la parte actora en los diferentes momentos procesales surtidos a lo largo de este litigio y las pruebas arrimadas al proceso... por manera que el ejercicio de la acción de reparación directa resultó indebido, máxime si se tiene presente que la condición indispensable para que se abra paso la reparación que se deprecia debe consistir en la ausencia total de causa que pudiese servir de justificación o al menos de explicación al enriquecimiento que se pretende reprochar a la entidad demandada, asunto que de modo alguno se verifica en el presente caso, en el cual, muy por el contrario, sí existe una causa evidente, jurídica, que serviría de título al aludido enriquecimiento cual es el contrato estatal celebrado entre las partes...”.

*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 solo 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 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<sup>14</sup>.*

11.1.1.6 **En el caso concreto**, la Señora Blanca Cecilia Pérez de Franco presentó una acción de reparación directa para alegar un supuesto enriquecimiento sin causa que la perjudicó y que favoreció a la entidad demandada, lo cual, de acuerdo con el criterio jurisprudencial precedente, es en principio procedente, sin perjuicio de que en análisis ulteriores de esta providencia se analice el carácter incausado del alegado enriquecimiento.

11.1.2 Ahora bien, presupuesto esencial para que se determine la prosperidad de la *actio in rem verso* que en determinado evento se incoe, es que se acredite con las pruebas del proceso, y que con los hechos de la demanda se ilustre, que ha existido un **enriquecimiento sin causa**, fenómeno jurídico que, de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sección, está caracterizado por los siguientes rasgos.

11.1.2.1 En primer lugar, es pertinente tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa ha sido entendido como una fuente autónoma de obligaciones y derechos, en la medida en que se trata de un hecho jurídico que tiene precisas consecuencias establecidas por el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Aunque el fenómeno ha sido definido como un principio general del derecho que tiene fuerza vinculante propia por virtud de lo establecido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887<sup>16</sup>, no puede perderse de vista que el Código de Comercio positivizó dicho axioma en su artículo 831<sup>17</sup>, hecho que ha sido advertido por la jurisprudencia de la Sala<sup>18</sup>, lo

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 14 de noviembre de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación n.º 73001-23-31-000-2000-03075-01(24 897), actor: Manuel Ricardo Pérez Posada, demandado: Municipio de Melgar.

<sup>15</sup> Al respecto se ha dicho por la Sección Tercera: “*En efecto, en reciente pronunciamiento la Sala se pronunció acerca del contenido y el alcance de la teoría del enriquecimiento sin causa, para lo cual dejó claro que se trataba de una fuente autónoma de las obligaciones que se presenta en aquellos eventos en los cuales, sin existir un acto jurídico o hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, razón por la cual, la consecuencia jurídica de este hecho jurídico es la necesidad de compensar los patrimonios involucrados*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 85001-23-31-000-2007-00116-01(37243), actor: Ruiz Amézquita y Compañía S. en C., demandado: Hospital de Yopal.

<sup>16</sup> “**ART. 8º.-** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

<sup>17</sup> “**ART. 831.-** Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

<sup>18</sup> En la sentencia del 8 de mayo de 1995, se dejó constancia del carácter axiomático de la teoría del enriquecimiento sin causa, así: “*Quienes han visto en estas reglas generales una exclusiva creación*

que implica que se trata de una previsión jurídica con fuerza vinculante por virtud de su consagración expresa en las normas del ordenamiento jurídico.

11.1.2.2 En segundo orden, para la existencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa, es necesaria la demostración de los elementos meramente objetivos<sup>19</sup> que lo definen, como son (i) la existencia de un empobrecimiento en el patrimonio del interesado, (ii) un enriquecimiento en el peculio de la contraparte, y (iii) una correlación entre ambos fenómenos, de tal forma que la circunstancia que permitió el acrecimiento de un patrimonio haya sido la misma circunstancia que dio lugar al decrecimiento del otro. Se pone de relieve que en el análisis del enriquecimiento sin causa, se tiene en cuenta que el enriquecimiento de un patrimonio, y el empobrecimiento del otro, es un hecho jurídico en el que es irrelevante la actuación subjetivamente calificada –como dolosa o culposa– de las partes que intervinieron en el hecho, y sólo se observa, para la comprobación del fenómeno y consiguiente prosperidad de la *actio in rem verso*, el cumplimiento de las condiciones objetivas antes aludidas. En términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*El asunto atinente a esta controversia es bien distinto; se refiere a una pretendida obligación cuya única fuente es el enriquecimiento sin causa, vale decir, que en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal; de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existió una actuación injusta, equivocada o ilegal, que pueda ser jurídicamente calificada de falla del servicio para la declaración de responsabilidad patrimonial del ente público; es suficiente constatar un fenómeno claramente objetivo: el enriquecimiento de la entidad pública, el empobrecimiento correlativo del actor, y la inexistencia de causa que justifique ese “transvase” patrimonial<sup>20</sup>.*

11.1.2.3 En tercer lugar, no debe perderse de vista que la teoría del enriquecimiento sin causa está basada en otros principios generales del derecho, como son la equidad, la buena fe y la justicia<sup>21</sup>, de lo que se sigue que no puede

---

*jurisprudencial y, por lo tanto, un desbordamiento de la Constitución Política cuando se trata de aplicarlos judicialmente por cuanto “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley” y que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, han recibido respuesta de la H. Corte Constitucional en fallo n.º D-665, del 1º de marzo de 1995 en el cual –con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz– declaró exequible el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, con argumentos como estos...// (...) Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (arts. 1º y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación n.º 8118, actor: Sociedad Constructora Cárdenas y Amaya Limitada, demandado: “SENA” Regional de Cundinamarca.*

<sup>19</sup> Se dijo al respecto en la sentencia del 1 de abril de 1993 que “... Reflexionó con acierto el Tribunal, cuando encontró realizado el primero de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la prosperidad de la acción de *in rem verso*... se trata pues de un asunto objetivamente observable y así se constata...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1 de abril de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación n.º 6033, actor: Gría Limitada.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación n.º 7356, actor: Hernando Cruz Romero, demandado: Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Fondo Vial Nacional.

<sup>21</sup> En relación con los principios de no enriquecimiento sin causa y buena fe, se ha dicho que la *actio in rem verso* resulta procedente si no se comprueba que la parte empobrecida actuó con conocimiento de la ausencia de causa, esto es, de mala fe (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación n.º 8118, ya citada). En la sentencia de 11 de julio de 1996 (radicación n.º 9409, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros), por su parte, al conocer de un enriquecimiento sin causa en el marco de un contrato administrativo no perfeccionado, se dijo

ser próspera una *actio in rem verso* en un caso en el que se compruebe que el afectado actuó con pleno conocimiento de la circunstancia que propició la alteración patrimonial, y de que ésta era totalmente carente de causa.

11.1.2.4 Por último, debe tenerse en cuenta que en la ya citada sentencia del 14 de noviembre de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera dejó establecido que la acción por enriquecimiento sin causa para el pago de sumas de dinero que deberían haberse erogado en el marco de una relación contractual, queda circunscrita a las siguientes excepciones:

*12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.*

*Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:*

*a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa alguna del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó 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.*

*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, 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 circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que llevaron a tomar tal determinación.*

*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*

---

por la Sala que "... La administración debe proceder de buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de deberes jurídicos...". Finalmente, se destaca lo que respecto al principio de buena fe, se dijo en la sentencia del 13 de agosto de 1998: "No puede patrocinarse que la administración se enriquezca al no pagar el servicio efectivamente prestado, puesto que su actividad permisiva, inspiradora de confianza, por razón de la cual actuó el particular, obrando de buena fe, la que se presume (artículo 83 C.P.)..."

*inciso 4º de la Ley 80 de 1993*<sup>22</sup>.

11.1.2.5 En lo atinente a la supuesta existencia de un enriquecimiento sin causa **en el caso concreto**, la Sala considera que a partir de los hechos y argumentos aducidos en la demanda puede establecerse, de manera inequívoca, que el supuesto acrecimiento patrimonial de que gozó la Fábrica de Licores del Tolima no puede ser considerado como carente de causa, pues es claro que, por un lado, (i) el pago de la participación porcentual tiene origen en un acto administrativo expedido por la Fábrica de Licores del Tolima –resolución n.º 0024 del 19 de enero de 1996-, por medio de la cual se fijó el precio de la participación departamental, así como en previsiones normativas de rango legal y reglamentario que regulan la mencionada exacción; y, por otra parte, (ii) dicho pago ha sido pactado en la relación comercial que la señora Pérez de Franco estableció con la Fábrica de Licores del Tolima en los contratos denominados de “introducción” de alcohol extrafino.

11.1.2.5.(i) En relación con lo primero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución Política, la comercialización de licores es un monopolio cuyas ganancias deben estar destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación, y que, por virtud de lo establecido en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983<sup>23</sup>, se encuentra en manos de los departamentos, que tienen la facultad de regular dicho arbitrio rentístico. El texto de la norma es el siguiente:

**ART. 61.-** *La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia*<sup>24</sup>. *En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene conforme a lo dispuesto en esta ley (...).*

11.1.2.5.(i).1 El artículo 63 *ibídem*, por su parte, dispone que los entes territoriales podrán suscribir contratos con particulares en los que se pacte la introducción al mercado de los productos de que trata la norma antes reseñada, en los que, en todo caso, deberá establecerse el valor de la “participación porcentual” que deberá percibir el Estado como contraprestación por la cesión del monopolio rentístico. Al tenor de la norma:

**ART. 63.-** *En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.*

*Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras, en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites*

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno-, sentencia del 14 de noviembre de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación n.º 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), actor: Manuel Ricardo Pérez Posada, demandado: Municipio de Melgar. Ya citada antes en la nota al pie n.º 36.

<sup>23</sup> “Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”.

<sup>24</sup> Se refiere a la constitución vigente antes de 1991.

*tarifarios establecidos en esta ley.*

11.1.2.5.(i).2 Así las cosas, la “participación porcentual” a la que se refiere la demanda no es una prestación que haya sido establecida de manera caprichosa por parte de la Fabrica de Licores del Tolima y, por el contrario, se trata de una obligación cuyo pago es de consagración legal, razón ésta por la que no resulta cierto afirmar que lo pagado en el marco de esas previsiones normativas, constituye un enriquecimiento sin causa a favor del ente territorial pues, en este caso, la causa de la llamada “participación porcentual” la constituyen las normas legales que establecen la obligación de su pago.

11.1.2.5.(i).3 Ahora bien, en lo que tiene que ver con la determinación del monto de las sumas pagadas por concepto de “*participación porcentual*”, respecto de las cuales la parte actora considera que no existió una “*base gravable para la determinación del tributo*”, la Sala considera que tampoco en este caso puede considerarse que haya podido ocurrir un enriquecimiento sin causa que acreciera el patrimonio de la Fábrica de Licores del Tolima, pues en el expediente reposa copia auténtica de la resolución n.º 024 del 19 de enero de 1996, expedida por dicha empresa, en la que se establecen los criterios que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la participación porcentual y, además, se establece en concreto la tarifa de la referida exacción en un monto de \$ 182,08 por venta de litro de alcohol extrafino de 96°, lo que implica que no existe la carencia de causa que alega la sociedad demandante, en la medida en que la liquidación de los pagos por ella realizados se efectuó con base en los parámetros definidos mediante actos administrativos los cuales, si el interesado considera que son violatorios del ordenamiento jurídico, deberían ser controvertidos mediante la acción de nulidad, y no mediante la *actio in rem verso* interpuesta a través de la acción de reparación directa. Por ello, frente a casos similares al de autos, en los que el interesado demanda la devolución del pago de lo no debido frente a obligaciones fiscales, la Sala ha dicho que lo apropiado es el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no de la de reparación directa:

*Es innegable la diferencia que existe entre la acción interpuesta por el demandante –acción de reparación directa- y la acción que realmente resultaba procedente en el sub lite –acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, pues el Código Contencioso Administrativo establece que mediante el ejercicio de la acción de reparación directa la persona interesada puede demandar directamente la reparación del perjuicio cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, mientras que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se restablezca en su derecho y se repare el daño causado; también podrá ejercer esta acción quien pretenda que se modifique una obligación fiscal o de otra clase, o se produzca la devolución de los pagado indebidamente.*

*Se aprecia claramente que el ejercicio de una u otra acción se origina en causas o conductas administrativas distintas y persigue objetos diferentes. En efecto, la causa que origina la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un acto administrativo que el demandante considera ilegal, de manera que ésta se orienta a obtener la nulidad del acto y además el restablecimiento y/o la indemnización de perjuicios y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Por su parte, las causas que pueden motivar el*

*ejercicio de la acción de reparación directa se originan en un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de inmueble...*<sup>25</sup>.

11.1.2.5.(i).4 En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la resolución antes mencionada tiene fundamento en normas de rango departamental, comoquiera que la Asamblea del Tolima adoptó la Ordenanza n.º 057 del 31 de diciembre de 1991, “*por la cual se expide el estatuto de rentas del departamento del Tolima*”, en cuyo artículo 32 se definió el monopolio rentístico sobre alcoholes, en los siguientes términos:

*Artículo 32.- Monopolio de alcoholes.*

*El monopolio sobre alcoholes potables consiste en el privilegio que tiene el Departamento para autorizar su producción y comercialización en el territorio tolímense, como arbitrio rentístico, lo cual podrá hacerse por conducto de la Fábrica de Licores del Tolima, o mediante la celebración de contratos con personas de derecho público y privado para la obtención o introducción de alcoholes (Decreto 244 de 1906).*

*El Departamento del Tolima ejercerá monopolio sobre la producción de alcohol imponible (Ley 84 de 1916).*

11.1.2.5.(i).5 Y, por su parte, en el artículo 33 *ibidem* se consagraron los parámetros para la liquidación de la participación departamental así:

*Artículo 33.- Participación en los contratos de alcoholes.*

*Fíjese como participación departamental en desarrollo de los contratos de producción, introducción y comercialización de alcoholes de que trata el artículo anterior, un cuatro punto cinco por ciento 4.5% del precio promedio por tipo de productos determinados semestralmente por el DANE por cada litro de alcohol producido cualquiera que sea la graduación alcohólica.*

11.1.2.5.(i).6 Lo que implica que no fue carente de causa la determinación del monto de la “participación departamental” que hiciera la Fábrica de Licores del Tolima, y que la misma estuvo basada en la normatividad aplicable para la regulación de dicho pago, fijada mediante actos administrativos, y liquidada con base en los porcentajes establecidos en las normas jurídicas las cuales, mientras no sean retiradas del ordenamiento jurídico o desvirtuada su presunción de legitimidad, constituyen causa válida para el acrecimiento del patrimonio del departamento del Tolima, según lo ha precisado la jurisprudencia al afirmarse que “... *la institución del enriquecimiento sin causa no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado y empobrecimiento del otro, pues ante el imperativo del art. 136 del C.C.A., mal puede afirmarse que el enriquecimiento careció de causa jurídica pues... esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley...*”<sup>26</sup>.

11.1.2.5.(i).7 Ahora bien, la Sala no pierde de vista que en otras oportunidades, bajo las teorías del daño especial y del equilibrio ante las cargas públicas, se ha

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 85001-23-31-000-1998-00129-01(18319), actor: Manuel Antonio Cely Aguilera, demandado: Departamento de Casanare.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de mayo de 1996, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, radicación n.º 9689, actor: Gregorio de Jesús Marín Vanegas.

admitido la posibilidad de demandar el resarcimiento de daños que hubieran podido causarse con actos administrativos cuya legalidad no se cuestiona<sup>27</sup>, pero resulta que, como en el presente caso la parte demandante basa sus pretensiones en el hecho de que en las normas antes reseñadas supuestamente no se fijaron las bases suficientes para la determinación de la “base gravable” del “tributo”, entonces es claro que lo que busca la actora es cuestionar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se establecieron los parámetros para la liquidación del monto de la participación porcentual, así como la tarifa de dicha exacción, lo que hace improcedente la acción de reparación directa para demandar el resarcimiento que en el presente caso se solicita.

11.1.2.5.(i).8 De conformidad con lo anterior, concluye la Sala que no están dados los elementos para considerar que los pagos por “participación porcentual” son carentes de causa, en la medida en que, se insiste, se trata de unas erogaciones que deben hacerse a favor del departamento por virtud de las previsiones establecidas en la ley y los reglamentos, cuyos parámetros fueron consagrados en un acto administrativo expedido por la Fábrica de Licores del Tolima, y cuya legalidad no puede controvertirse mediante una acción de reparación directa como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala.

11.1.2.5.(ii) Para ahondar en argumentos que demuestran la indebida escogencia de la *actio in rem verso* que a través de la acción de reparación directa ejerció la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, es necesario tener en cuenta que cuando la Fábrica de Licores del Tolima contestó la demanda, allegó copia auténtica de los contratos suscritos el 9 de noviembre y el 3 de diciembre de 1999 que tenían por objeto la “introducción” de alcoholes por parte del establecimiento de comercio de propiedad de la actora, en el cual se pactó que el contratista pagaría al departamento una “participación porcentual” en un monto del “...cuatro punto cinco por ciento (4.5 %) sobre el precio promedio por tipo de productos determinados semestralmente por el DANE...”, lo que implica que, en el marco de dichos acuerdos de voluntades, tampoco podría considerarse como “sin causa” la participación porcentual en torno a la cual gira la presente controversia.

11.1.2.5.(ii).1 En este punto se advierte que, aunque los contratos antes aludidos fueron suscritos en un momento posterior a las fechas en las que, según las facturas que reposan en el expediente, se efectuó el pago de la participación porcentual por parte de la demandante, la Sala considera que la celebración de aquellos acuerdos de voluntades constituye un indicio valedero para establecer que en fechas anteriores también se habían suscrito los respectivos contratos de introducción de alcoholes, pues dicha actividad, según las normas antes analizadas, sólo podía realizarse en el marco de un contrato de esas características.

---

<sup>27</sup> Ha dicho la Sección Tercera: “Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la administración pública con la finalidad de producir efectos jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser... Pero es posible que en la realidad la administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse. Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de ilegalidad o impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y solo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 19001-23-31-000-1996-07005-01(16079), actor: María del Rosario Arias Vallejo, demandado: Municipio de Popayán.

11.1.2.5.(ii).2 Ello quiere decir que, si se trata de prestaciones económicas pagadas en el marco de una relación contractual, entonces es procedente considerar que el acuerdo de voluntades constituye su causa, de lo que se sigue, a su vez, la palmaria improcedencia de la *actio in rem verso* a través de una acción de reparación directa, de cara a una situación frente a la cual, en el mejor de los casos, sería procedente la interposición de una demanda referida a controversias contractuales. Al respecto, frente a un caso exactamente igual al que en este momento ocupa la atención de la Sala, dijo la Subsección “C” de la Sección Tercera:

*De entrada advierte la Sala que dicha prueba documental demuestran (sic) que la participación porcentual del alcohol que cobraba el departamento del Tolima a través de la Fábrica de Licores del Tolima, no solo tiene origen legal, sino contractual y efectivamente por ser una actividad monopolística (rentística) del departamento, para poder ejercerla el demandante debió probar o acreditar la existencia del contrato que comprendía el periodo 1997 a 1998, el cual brilla por su ausencia dentro del expediente, allegándose únicamente los contratos a que se han (sic) hecho referencia en los incisos precedentes, lo cual conduciría indefectiblemente a la desestimación de las pretensiones de la demanda, tal como lo entendió el a quo.*

*De otra parte no hay duda que, la acción de reparación directa impetrada por la sociedad actora fue equivocada pues aquella no estructuraba los hechos sobre los cuales fundamentaba el “enriquecimiento sin causa” o “pago de lo no debido”; además el cobro de la “participación departamental en desarrollo de los contratos de producción, introducción y comercialización de alcoholes”; tenían como origen un supuesto contrato, por lo que la acción a impetrarse era la de controversias contractuales y no la de reparación directa, por cuanto se encuentran ligadas al negocio jurídico contractual suscritos (sic) entre el Departamento del Tolima y la sociedad demandante Bodegas Santa Lucía Ltda., y cualquier reclamación derivada del mismo, no podría hacerse sino a través de la acción contractual y no por cualquier otra, por la (sic) que la sentencia de primera instancia que desestimó las pretensiones de la demanda deberá **confirmarse**<sup>28</sup>(negrilla del texto citado).*

11.1.2.6.(ii).3 De este modo, la Sala considera que la demanda es sustantivamente inepta –por indebida escogencia de la acción–, en la medida en que la acción de reparación directa no es idónea para ventilar controversias contractuales. En todo caso, como la decisión administrativa causante del daño no fue expedida en el marco de la relación contractual<sup>29</sup>, entonces resultaría imposible analizar su legalidad a través de una eventual acción contractual y, además, debe tenerse en cuenta que si en el presente caso la demanda se interpretara como una acción de dicho tipo, con ello se estaría variando la *causa petendi* lo que, a su vez, podría implicar un desconocimiento del derecho a la defensa de la entidad demandada.

11.2. Como corolario de lo anterior, para la Sala resulta indudable que el cobro y

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, C.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz, radicación n.º 73001-23-31-000-1999-2433-01(21404), actor: Bodegas Santa Lucía Ltda., demandado: Departamento del Tolima y Fábrica de Licores del Tolima.

<sup>29</sup> Se dice al respecto en la sentencia citada en la nota al pie inmediatamente anterior, que “La jurisprudencia de la Sala ha sostenido que los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo...”.

pago de la llamada “*participación porcentual departamental*” es un hecho jurídico que sí tiene causa y, por lo tanto, no es procedente adelantar la acción de enriquecimiento sin causa para efectos de alegar que hubo un acrecimiento patrimonial injustificado a favor de la Fábrica de Licores del Tolima, hecho que hace que sea inepta la demanda presentada por la señora Blanca Cecilia Pérez de Franco, lo que implica, además, que sea necesario proferir un fallo inhibitorio, ante la imposibilidad de analizar –en el marco de una acción de reparación directa- la legalidad de las normas en las que se consagró el pago de la denominada “*participación porcentual*”.

11.3. En contra de lo anterior, la recurrente argumentó que como el pago de la participación porcentual por parte de la demandante se efectuó en cumplimiento de la ley y los actos administrativos que regulan la referida exacción, entonces se estaría frente a una operación administrativa contra la cual sería procedente interponer la acción de reparación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, ello no tiene vocación para dejar sin piso la argumentación vertida en los apartes anteriores de este proveído, comoquiera que la Sección Tercera ha manifestado que, aún ante la presencia de una operación administrativa<sup>30</sup>, la acción de reparación directa resulta improcedente cuando el daño proviene del acto administrativo, y no de las actuaciones desplegadas por la administración para el cumplimiento del mismo. Dicho criterio se dejó sentado en la sentencia del 14 de abril de 2010:

*La acción de reparación directa es idónea para obtener la indemnización de los perjuicios causados con una opresión administrativa, conforme lo establecía, desde la fecha de presentación de la demanda, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por cuya virtud: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”, pero siempre que esa operación administrativa sea directamente la fuente del daño por el cual se reclama indemnización, no así cuando el daño tiene su génesis en el acto administrativo cuyo contenido se ejecuta a través de dicha operación, evento en el cual la acción procedente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>31</sup>.*

11.4. La Sala comparte la decisión del *a-quo* en el sentido de inhibirse de resolver de fondo las pretensiones de la demanda. No obstante, como ya se indicó, la sentencia de primera instancia será modificada en el entendido que no se declarará probada la excepción de “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*”.

## **VIII. Costas**

12. En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el *sub lite*

<sup>30</sup> Entendida como las acciones que despliega la administración para el cumplimiento de lo dispuesto en los actos administrativos. Al respecto ha dicho la Sección Tercera: “... *La operación administrativa, para efectos del antecitado artículo 86, no es otra cosa que un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa...*”. Ver al respecto: sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 25000-23-26-000-1992-07963-01(15036), actor: Germán Rojas Olarte y otros, demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, entre otras providencias.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 25000-23-26-000-1992-08151-01(17311), actor: Guillermo Rueda Plata y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército.

ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición.

13. En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera –Subsección “B”- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

**FALLA**

**MODIFICAR** la sentencia del 18 de diciembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará así:

**PRIMERO.** De conformidad con la parte motiva de esta sentencia, **INHÍBESE** la Sala para pronunciarse sobre el fondo del presente asunto, por indebida escogencia de la acción.

**SEGUNDO.** Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente de la Sala

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**