

Análisis económico del enriquecimiento sin causa: un acercamiento al Derecho Civil y al Derecho Administrativo¹

JORGE CELY LEÓN²

RESUMEN

El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica clásica surgida en el Derecho Civil. Sin embargo, en las últimas décadas, su mayor desarrollo se ha dado en la jurisprudencia contencioso administrativa, en donde la figura se ha adoptado para proteger a particulares que se han empobrecido de forma injustificada y a favor del Estado, quienes se encontraban desprovistos de protección jurídica. Así, el Consejo de Estado adoptó la estructura básica del enriquecimiento sin causa, pero le añadió algunos cambios. En este orden, este artículo pretende, a través del Análisis Económico del Derecho, contrastar estas dos interpretaciones y, a partir de un juicio de eficiencia, determinar cuál es la más adecuada para el mundo jurídico y económico.

Palabras claves: enriquecimiento sin causa, Derecho Civil, Derecho Administrativo, reparación integral, compensación, eficiencia.

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW OF UNJUST ENRICHMENT: FROM A CIVIL AND ADMINISTRATIVE LAW POINT OF VIEW

ABSTRACT

The unjust enrichment is a classical legal figure emerged in Civil Law. However, in the last decades, its greatest development has been given in administrative jurisprudence,

- 1 Artículo ganador del VIII Concurso José Ignacio de Márquez Junior 2016. Fecha de recepción: 4 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: Cely León, J. (2017). Análisis económico del enriquecimiento sin causa: un acercamiento al Derecho Civil y al Derecho Administrativo, en *Revista Con-texto*, n.º 48, pp. 83-101. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.06>
- 2 Estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, monitor del Departamento de Derecho Económico de la misma universidad. Correo-e: jorge.cely@est.uexternado.edu.co

where the figure has been adopted to protect individuals who have become impoverished in a unjustified and in favor of the State, who were deprived of legal protection. Thus, the Council of State adopted the basic structure of the unjust enrichment, but added some changes. In this order, This article intends, through the Economic Analysis of Law, to contrast these two interpretations and, based on an efficiency judgment, determine which is the most suitable for the legal and economic world.

Keywords: Unjust enrichment, Civil Law, Administrative Law, Integral repair, Compensation, Efficiency.

INTRODUCCIÓN

El enriquecimiento sin causa es una figura clásica del Derecho Civil, que tiene el propósito de brindar protección a aquella persona que se ha empobrecido a favor de otra, sin una justificación jurídica. Esta figura tiene sus orígenes en el Derecho Romano, pero se ha consolidado como una institución jurídica, a partir de desarrollos posteriores y en diferentes ordenamientos. Así, por ejemplo, entre nosotros, el enriquecimiento sin causa se encuentra como un principio general del Derecho y ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora, debido a ciertas vicisitudes en la contratación estatal, en específico, y en el Derecho Administrativo, en general, el Consejo de Estado decidió acudir al enriquecimiento sin causa, ya que, por ejemplo, no siempre se cumplen las formalidades de la contratación, y los particulares quedan desprovistos de causa para reclamar por las prestaciones ejecutadas a favor del Estado. Sin embargo, el Derecho Administrativo no utilizó exactamente el mismo razonamiento del Derecho Civil para determinar las condenas judiciales. Concretamente, se evidencia que el Consejo de Estado decidió adoptar un criterio de reparación "integral", para resarcir a los empobrecidos. En contraste, el Derecho Civil siempre ha considerado que el empobrecido solo es "compensado" por su detrimento patrimonial. Esta tensión entre las dos interpretaciones nos permite identificar el objeto de estudio de este trabajo.

En este contexto, el Análisis Económico del Derecho será utilizado como una herramienta de estudio para poder determinar cuál de estas dos interpretaciones, la del Derecho Civil o la del Derecho Administrativo, es más eficiente. De este modo, la hipótesis planteada en el presente estudio es que la aplicación del enriquecimiento sin causa en la forma interpretada por el Derecho Administrativo produce estados de cosas más eficientes, en comparación con la interpretación tradicional de esta figura en el Derecho Civil.

Para demostrar la hipótesis, este documento consta de cuatro partes. En primer lugar, explicaremos el enriquecimiento sin causa, su ubicación, su función y sus efectos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En una segunda parte, se explicará la adaptación de la figura en el Derecho Administrativo y las diferencias que tiene con el Derecho Civil. En la tercera parte, utilizaremos el Análisis Económico del Derecho, para demostrar la eficiencia de la interpretación del Derecho Administrativo sobre la del Derecho Civil.

Por último, haremos unas conclusiones que permitirán delimitar el campo de actuación de la figura, según lo desarrollado en el documento.

1. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La acción del enriquecimiento sin causa es una institución jurídica que actúa como remedio del detrimento injustificado de un patrimonio. Una pérdida económica en los activos de un patrimonio no hace caso a un fenómeno de extinción, sino de transferencia, es decir, toda pérdida económica debe tener un correlativo enriquecimiento en otro sujeto. Sin embargo, existen instituciones jurídicas que permiten transferencias patrimoniales de un sujeto a otro, siendo una de estas el contrato, que se concibe como una justificación de este movimiento económico.

Ahora, la institución jurídica que estamos analizando tiene su origen en el Derecho Romano, ya que, debido a las formalidades que imponía el *ius civile*, el pretor urbano y el peregrino debieron acudir a un remedio procesal, que no dejaría desprovistas de derecho aquellas situaciones que no contemplaban una institución jurídica reconocida. Así, existía la ejecución de prestaciones sin la justificación de una fuente de obligaciones, lo cual permitió el nacimiento de acciones *in factum*, que soportaban su pretensión en hechos que debían ser protegidos por el Derecho. A lo anterior se le conocía como el *ius honorarium*³. En consecuencia, el enriquecimiento de un *pater* por una situación desprovista de causa jurídica le concedía al afectado una acción conocida como *condictio in debiti*, que era genérica y se concretaba en la *actio in rem verso*⁴. Por esta razón, actualmente se considera la anterior acción como aquella con vocación de proteger a quien se ha empobrecido en favor de otro y sin causa jurídica que lo permita.

Desde el Derecho Romano hasta nuestros días, el enriquecimiento sin causa ha sido una figura jurídica reconocida en varios ordenamientos. A manera de ejemplo, el Código Civil italiano, en su artículo 2041, estipuló: "Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial". Por otro lado, el ordenamiento jurídico colombiano, en su legislación civil, no hizo una referencia expresa a esta figura, ya que se entendió como un principio general del Derecho, lo cual permite que su actuación esté supeditada a integrar vacíos normativos que el derecho positivo no suple⁵. Empero, el Código de Comercio, en su artículo 831, establece que "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

A pesar del reconocimiento en el derecho positivo, la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa ha sido cuestionada, debido a que varios doctrinantes consideran que esta figura es una fuente de obligaciones, pero sin causa. Es decir, quien se ha enriquecido a costa de otro por una situación desprovista de causa queda obligado a reparar a la per-

3 ESPITIA GARZÓN, F. Historia del Derecho Romano. 4 ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 421-424.

4 MANASEVICH, R. A. Las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 157.

5 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-038 de 1995. Exp. D-665. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sona afectada, por cuanto se ha beneficiado⁶. Con todo, de las objeciones a la institución, se puede inferir que el objetivo del enriquecimiento sin causa es proveer un remedio a aquellas situaciones que se sustentan en un hecho injustificado, lo cual tiene importancia para el Derecho –se justifica–, debido a la necesidad de conservar los patrimonios⁷.

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado la figura del enriquecimiento sin causa en Colombia. Así, el estudio de esta institución jurídica ha decantado dos tipos de requisitos que soportan una pretensión con base en esta figura: primero, los requisitos materiales, que hacen caso a la situación fáctica, y segundo, los requisitos jurídicos, que permiten identificar la laguna normativa que dará paso a este principio general del Derecho.

En cuanto a los elementos materiales, podemos decir que son tres: i) enriquecimiento de un patrimonio, ii) empobrecimiento de otro y iii) un origen común entre los dos⁸. Entonces, el enriquecimiento es un aumento en el patrimonio de una persona, lo cual debe ser a expensas del patrimonio de otro, para que se cumpla con los dos primeros elementos materiales. Por último, es necesario que exista un hecho común que permita identificar un punto de referencia entre el beneficio obtenido y el detrimento económico generado.

El enriquecido y el empobrecido deben tener una relación inmediata, para que se entienda el enriquecimiento como directo⁹, lo cual es lo más frecuente. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el caso del enriquecimiento indirecto. Este se concreta por la actuación de un tercero en el que no recaerán los efectos de la acción¹⁰. Así, el tercero inmerso en esta relación mediata no será afectado ni beneficiado dentro de un litigio.

Por otro lado, debido a la actuación subsidiaria del enriquecimiento sin causa como principio general del Derecho¹¹, debemos enunciar los requisitos jurídicos que permiten identificar la necesidad de aplicar la figura, los cuales son: i) inexistencia de causa jurídica y ii) ausencia de acción capaz de proteger al empobrecido.

6 HINESTROSA, F. Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: negocio jurídico. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 67, vol. 1.

7 FABREGA PONCE, J. El enriquecimiento sin causa. Editores Colombia S.A., 1996, p. 232, t. 1.

8 BENAVIDES, J. L. Enriquecimiento sin causa y contratos públicos. Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 154, t. 1.

9 Cuando alguien paga una deuda inexistente, enriquece a quien no tenía derecho a este pago y se empobrece sin causa jurídica, es decir, sin una institución de Derecho que legitime la transferencia patrimonial. En este caso, encontramos que existe una relación directa entre el patrimonio enriquecido y el empobrecido. Cabe a aclarar que este supuesto de hecho es el mismo de la institución del pago de lo no debido, lo cual se explica en la medida que el enriquecimiento sin causa y el pago de lo no debido tienen una relación género-especie. DU PLESSIS, J. Fraud, duress and unjustified enrichment: a civil-law perspective. En: *The Comparative Law of Unjustified Enrichment*. Cambridge University Press, 2002, pp. 214-215.

10 Por ejemplo, quien sin ser propietario lleva a un animal a un veterinario para que este sea atendido. El veterinario lo atiende, y luego ejerce la acción contra el propietario, por los costos empleados. FABREGA PONCE. Op. cit., pp. 249-250.

11 Así lo explica el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, el cual estipula: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

La inexistencia de una causa jurídica impide que el movimiento patrimonial tenga una explicación *prima facie* por parte del Derecho. Es decir, una de las partes inmersas en esta situación ha ejecutado una prestación que no tiene base en una de las fuentes de las obligaciones, lo que permite cuestionar la legitimidad del beneficio producido y, por tanto, darle un remedio¹². Sin embargo, cabe aclarar que la institución jurídica que se está analizando no entiende a la causa como aquel móvil o razón que lleva a las partes a contratar¹³, ya que, de este modo, la figura solo procedería para restituir las prestaciones de un contrato que carece de causa, lo cual la haría innecesaria, debido a que ya existe remedio para esta situación.

Por lo tanto, para efectos de este trabajo, "causa" se entiende como la situación jurídica que aprueba el cumplimiento de una obligación. Así, las causas que justifican la ejecución de una prestación son: el contrato o cuasicontrato, el delito o cuasidelito y la disposición de la ley, que, a su vez, son las fuentes de las obligaciones, según el artículo 1494 del Código Civil. Por consiguiente, todo enriquecimiento que se produzca por el efecto de una obligación no se considera injustificado.

Para concatenar los requisitos jurídicos del enriquecimiento sin causa, es pertinente explicar la relación de interdependencia que entre ellos existe, ya que la inexistencia de una causa jurídica desemboca en la ausencia de una acción capaz de solucionar un desequilibrio patrimonial. Por ejemplo, el contrato, como institución jurídica reconocida por el artículo 1495 del Código Civil, concede al acreedor una acción personal para obligar al deudor a cumplir con su obligación. Asimismo, quien posee acción real para vindicar lo propio no podrá alegar un enriquecimiento sin causa en contra del poseedor actual del bien.

Debido al desequilibrio patrimonial que surge de una situación injustificada, el Derecho concede una acción especial para proteger al empobrecido. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa es un hecho injusto, debido a la situación que lo produce, no por la actuación de alguno de los sujetos involucrados¹⁴. Esto lleva a que no subsista un nexo de causalidad generador de una pretensión indemnizatoria. Por lo tanto, esta figura está precedida de un hecho injusto inimputable, lo cual tiene relevancia jurídica cuando prosperan los efectos condenatorios de la acción.

La acción que permite acudir ante un juez para hacer exigible la restitución de lo perdido es la *actio in rem verso*, que solo procede restituyendo el empobrecimiento del afectado, ya que al no existir responsabilidad por lo ocurrido, es innecesario e injustificado reparar los perjuicios causados. Entonces, la correlatividad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento permite hallar la cuantía por la que será condenado quien se benefició de esta situación. Por esta razón, recibir un beneficio no merecido, sin el empobrecimiento

12 BENAVIDES. Op. cit., pp. 157-158.

13 SCOGNAMILIO, R. Teoría general del contrato. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 167.

14 Por esta razón, hay autores que consideran como requisito jurídico del enriquecimiento sin causa la ausencia de culpa de quien lo alega. FABREGA. Op. cit., p. 232.

de otro, no configuraría la procedencia de una acción de restitución, ya que nada se ha perdido. Así, el Derecho Civil ha identificado un límite para condenar a la persona beneficiada por el empobrecimiento, que se determina por el monto de su enriquecimiento. De este modo, si la pérdida del empobrecido es mayor que el beneficio del enriquecido, este último no estará obligado a compensar la totalidad del detrimento patrimonial¹⁵. Lo anterior se puede evidenciar, por ejemplo, en el artículo 2041 del Código Civil italiano, ya que este determinó que el empobrecido está obligado a resarcir dentro de los límites del enriquecimiento.

2. APLICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La figura del enriquecimiento sin causa no tiene sus únicos desarrollos en la jurisdicción civil ordinaria; por el contrario, el desuso de la figura en el Derecho Civil es contrastable con su creciente utilización en el Derecho Administrativo. En este último, se ha dado aplicación a la figura, sobre todo en aquellos casos donde el Estado se enriquece a costa del particular sin una causa jurídica que lo justifique. Por esta razón, en varias ocasiones, la jurisdicción contenciosa administrativa ha decidido adaptar la figura y proveer una solución a aquellos casos desprovistos de causa. Como se anticipó, tanto en la jurisdicción civil como en la administrativa, el desarrollo de este principio general del Derecho se ha dado por vía jurisprudencial, lo cual llevó a que el Consejo de Estado proferiera una sentencia de unificación sobre este asunto¹⁶.

Ahora, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado desarrolló el concepto de enriquecimiento sin causa, con base en la teoría del Derecho Civil, lo cual produjo que se integraran nuevos elementos que permitieran aplicar la figura en el Derecho Administrativo. Sin embargo, la adaptación de la figura ha llevado a sentencias condenatorias que la esencia original del concepto nunca hubiera generado. Es decir, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo tienen diferencias respecto a cómo se aplica la figura, pero con base en una misma teoría.

En concreto, en algunos casos, la ignorancia del Estado y/o del particular sobre el régimen de contratación pública ha generado que se desconozcan condiciones de carácter formal que le dan validez al contrato. De hecho, es común el desconocimiento del requisito de contratación establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual estipula que *"Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito"*¹⁷. Por ejemplo, en un caso resuelto por el Consejo de Estado, la Cámara de Representantes, de forma verbal, le solicitó a un particular que continuara prestando

15 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 22 de febrero de 1991, Josué Granados Agudelo vs. Vianini S.P.A.

16 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia SU del 19 de noviembre del 2012, n.º 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

17 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 1984, n.º 4070, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia del 8 de mayo de 1995, n.º 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández;

un servicio de fotocopiado, sin la formalización que implicaba prorrogar el contrato, lo cual, según el tribunal, dio origen al enriquecimiento de la Cámara de Representantes, a costa del particular¹⁸. Lo que se pretende destacar es que la mayoría de los casos de enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo obedecen al mismo supuesto de hecho, y sobre esta tendencia la corte ha creado su precedente.

Así, la relación contractual entre Estado y particular se encuentra condicionada por una norma imperativa, que obliga a que el perfeccionamiento del contrato esté sujeto a la solemnidad de un escrito. Por lo tanto, la omisión de las partes sobre este punto ha llevado a que, con base en un acuerdo verbal, pero inexistente según el Derecho Administrativo, el particular ejecute prestaciones desprovistas de causa o justificación jurídica. Sin embargo, los nuevos elementos que el mismo Derecho Administrativo ha incorporado al enriquecimiento sin causa han hecho que se ponga en duda que el caso generalmente analizado carezca de causa en sentido estricto.

En efecto, la adaptación del enriquecimiento sin causa por parte del Consejo de Estado ha llevado a incorporar a la figura elementos materiales que permiten un análisis sobre el comportamiento de las partes. En primera medida, el enriquecimiento sin causa del Estado no puede subsistir sin una convención informal que genere un estado de confianza legítima en el particular, lo que se concreta en la expectativa de un futuro contrato debidamente celebrado. Por otro lado, también ha sido materia de análisis el comportamiento negligente del particular, ya que este tiene la obligación de conocer las normas de contratación. Así, conceptos como la buena fe, la culpa, el principio de legalidad y la confianza legítima han sido determinantes para saber cuándo procede o no una pretensión compensatoria en favor del empobrecido¹⁹.

Como se mencionó, el análisis del comportamiento del Estado y del particular ha puesto en duda la inexistencia de causa como elemento jurídico del enriquecimiento injustificado. Por tal razón, cuando el hecho generador del empobrecimiento es imputable a una de las partes, se configura un daño, lo cual da origen a la responsabilidad extracontractual, como fuente de obligaciones. Así, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha aplicado la figura del enriquecimiento sin causa con la lógica de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁰. En consecuencia, por medio de la justicia correctiva, se permite reparar a la persona empobrecida, lo cual se justifica, debido a que la administración realizó una acción u omisión que se concreta en un daño antijurídico²¹.

Sentencia del 6 de agosto de 1987, n.º 3886, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, y Sentencia del 29 de enero de 1998, n.º 11099, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

18 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero del 2013, n.º 24969, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia SU del 19 de noviembre del 2012. En esta sentencia de unificación, es posible observar toda la integración de los conceptos mencionados a la estructura del enriquecimiento sin causa.

20 *Ibidem*.

21 HENAO, J. C. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 36-40.

Es en este punto donde se separa la figura del desarrollo previo en el Derecho Civil, ya que en el Derecho Administrativo, la restitución de lo perdido no se hace en virtud de una situación injusta, sino en razón de un hecho reprochable imputable al enriquecido. Por ejemplo, tenemos un caso en el que el Consejo de Estado consideró que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) se enriqueció a costa de una empresa constructora, ya que esta última construyó un tanque de almacenamiento en favor de la entidad del Estado, sin la existencia de un contrato y sin ninguna prestación remuneratoria. En este caso, el Consejo de Estado consideró que el empobrecido debía ser compensado por su detrimento patrimonial, e indemnizado por concepto de intereses e indexación²².

Por otro lado, el Derecho Administrativo habilitó una acción para el enriquecimiento sin causa, ya que la *actio in rem verso* no cumplía con la taxatividad de los medios de protección existentes en el Derecho Procesal Administrativo²³. Concretamente, la acción de reparación directa fue aquella que permitió proteger al particular empobrecido de un enriquecimiento injustificado del Estado. Empero, este medio de protección no solo ha tenido efectos en aspectos procesales, porque la reparación directa es un concepto de Derecho Administrativo que va ligado a la condena en materia de responsabilidad extracontractual. Después de todo, esto permitiría explicar la lógica utilizada por el Consejo de Estado para proteger al particular empobrecido.

La acción de reparación directa se encuentra en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta acción produce el efecto de dejar a la víctima en el estado que se encontraba antes del daño, lo cual se realiza por medio de un elemento compensatorio y otro indemnizatorio. La compensación es la obligación que tiene el responsable de restituir a la víctima el costo del daño (daño emergente); por otro lado, la indemnización es restituir el costo de los daños subsiguientes previsibles e imprevisibles por el responsable (lucro cesante)²⁴.

Por consiguiente, la acción de reparación directa ha reconocido pretensiones compensatorias e indemnizatorias con base en el enriquecimiento sin causa²⁵. En cambio, en materia civil, el asunto tiene otra perspectiva condenatoria, ya que la *actio in rem verso* solo permite que el enriquecido sea condenado por cuanto se empobreció el afectado. Sin embargo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en algunos casos, ha fallado limitando los efectos indemnizatorios de la acción de reparación directa por un enriquecimiento injustificado²⁶. En este orden de ideas, con fundamento en el enriquecimiento

22 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995.

23 Los medios de control en el Derecho Administrativo se pueden encontrar en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Las acciones que establece este código son: nulidad (art. 137), nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138), reparación directa (art. 140), repetición (art. 142), controversias contractuales (art. 141), popular (art. 144), cumplimiento (art. 146), grupo (art. 145), ejecutiva contractual (art. 141) y nulidad electoral (art. 139).

24 PINZÓN. Op. cit., pp. 40-41.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995; Sentencia del 6 de agosto de 1987; Sentencia del 15 de noviembre de 1990, n.º 5883, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia del 22 de febrero de 1991, n.º 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, y Sentencia del 29 de enero de 1998.

26 Como lo hizo en los siguientes casos: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre

sin causa, se ha permitido la procedencia de pretensiones indemnizatorias, las cuales son incongruentes entre los límites sustanciales de la pretensión y la decisión judicial²⁷.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Luego de haber explicado el enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo en contraste con el Derecho Civil, estableceremos un punto de partida para realizar un análisis económico sobre esta institución. Así, cuando se compara su desarrollo en los diferentes contextos establecidos, se puede evidenciar que los efectos condenatorios en la jurisdicción civil y administrativa son diferentes.

En breve, para la doctrina del Derecho Civil, la constitución de un enriquecimiento sin causa solo permite una condena compensatoria, que se determina por el monto del detrimento patrimonial del afectado²⁸. Sin embargo, en algunos casos, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha permitido condenas con base en el concepto de reparación, es decir, que el enriquecido sea obligado a compensar e indemnizar a la víctima de un empobrecimiento injustificado²⁹. Ahora bien, debido a que tenemos dos interpretaciones para la misma figura jurídica, y con diferentes tipos de condenas, estudiaremos la eficiencia de estas dos posiciones, en virtud de sus resultados económicos. De este modo, el análisis económico de esta institución tendrá un enfoque en los incentivos para los agentes involucrados, que diferentes interpretaciones jurídicas han postulado³⁰, lo cual se enlazarará con la economía de las externalidades.

Una externalidad es una situación en la que un sujeto, por un hecho propio o ajeno, se beneficia, en perjuicio de otro, sin una retribución que lo justifique, es decir que se obtiene un provecho, sin soportar el costo que esto implica³¹. Dada esta noción, podemos afirmar que el enriquecimiento sin causa y las externalidades poseen un sustrato fáctico común, en la medida que en uno y otro caso, un sujeto se enriquece en perjuicio de otro, sin soportar el costo en el que incurre el empobrecido. Así, este último no recibe una contraprestación por el perjuicio económico que se da por fuera del mercado, lo que se asemeja a la inexistencia de un contrato o causa jurídica que justifique el detrimento patrimonial.

de 1984; Sentencia del 6 de septiembre de 1991, n.º 6306, C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 11 de julio de 1996, n.º 9409, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia del 7 de junio de 2007, n.º 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, y Sentencia del 22 de julio del 2009, n.º 35026, C.P. Enrique Gil Botero.

27 PINZÓN. Op. cit, p. 42.

28 HINESTROSA. Op. cit., p. 67.

29 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995; Sentencia del 6 de agosto de 1987; Sentencia del 15 de noviembre de 1990; Sentencia del 22 de febrero de 1991, y Sentencia del 29 de enero de 1998.

30 Respecto del enfoque de los incentivos en el derecho, KITCH, E. W. Los fundamentos intelectuales del AED. Derecho y Economía: Una revisión a la literatura. Fondo de Cultura Económica, 2002.

31 PINDYCK, R. S. y RUBINFELD, D. L. Microeconomía. 7 ed. Pearson Prentice Hall, 2009, pp. 747-748.

Las externalidades que produce el enriquecimiento sin causa no serán analizadas solamente como un perjuicio que se genera de forma unilateral, sino que es pertinente aplicar la teoría de RONALD COASE, para comprender una reciprocidad de afectaciones entendidas como externalidades³². Así, surge el problema de si se debe permitir que el enriquecido perjudique al empobrecido o que el empobrecido perjudique al enriquecido. Según la figura del enriquecimiento sin causa –tal como se definió en las secciones precedentes–, el Derecho permite que, *ex post* a la situación, sea el empobrecido quien afecte al enriquecido, y ello porque el Derecho otorga al primero una acción judicial³³ que permite condenar a quien se benefició, por el monto del detrimento patrimonial. Por otro lado, *ex ante*, se analiza si al enriquecido se le permite perjudicar al empobrecido, lo cual no es muy claro, pero podemos hacer referencia a un caso en el que el Derecho le niega la acción al empobrecido, en virtud de que el perjuicio sufrido lo produjo el afectado, con el fin de obtener un beneficio. En este orden de ideas, se busca determinar en qué caso se genera una condena más eficiente.

Para poder hallar la condena más eficiente en virtud de un enriquecimiento sin causa, es necesario analizar un escenario sin costos de transacción, ya que, como postula el teorema de COASE³⁴, en este escenario, cualquier asignación de recursos hecha por el ordenamiento conduce necesariamente, *a posteriori*, a la eficiencia. Por lo tanto, cuando nos enfrentemos a un escenario con costos de transacción, será necesario que el ordenamiento asigne, *a priori*, los recursos de la forma como se hubiesen (re)asignado los recursos sin costos de transacción.

Debido a que encontrar escenarios sin costos de transacción no es fácticamente posible, máxime cuando, como en el caso del enriquecimiento sin causa, se trata de un escenario que escapa –por definición– de los acuerdos, es necesario plantear un caso hipotético de asignación de recursos por medio del mercado³⁵. Así, en este caso, consideramos la teoría de la negociación como la herramienta adecuada para simular la dinámica del mercado cuando se asignan recursos. En este orden, los hechos de nuestro caso hipotético, sin costos de transacción, son los siguientes:

Un particular, sin la existencia de un contrato, construye una calle para el Distrito de Bogotá, la cual tuvo un costo de \$100. Sin embargo, en el presupuesto del Distrito se había destinado para la construcción de esta misma calle un valor de \$300.

32 ACCIARRI, H. A. El análisis económico de daños. Una aproximación general. La filosofía de la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 431-432.

33 Ya sea la *actio in rem verso*, en materia civil, o la acción de reparación directa, en materia administrativa.

34 ACCIARRI. Op. cit., p. 432.

35 Según el análisis económico, cuando el costo de las transacciones impide el funcionamiento del mercado, se dice que el legislador debe simular un escenario hipotético que reproduzca el mercado (*mimic the market*), esto es, anticipar la solución a la que las partes involucradas habrían llegado, si los costos de transacción no se lo hubiesen impedido. COLEMAN, J. L. Markets, Morals, and the Law. Oxford Scholarship, 2002, p. 143.

PIERLUIGI, C. El Análisis Económico del Derecho. Palestra, 2013, pp. 226-228.

En este caso, podemos decir que el valor de amenaza, es decir, la menor disposición a aceptar del particular, es de \$100, mientras que el valor de amenaza, esto es, la mayor disposición a pagar del Estado, es de \$300. Así, siguiendo la hipótesis de COOTER y ULEN, y dado que existe una distancia (excedente cooperativo) entre los valores de amenaza de las partes, es posible realizar una negociación entre estas³⁶. Supongamos que esta transacción se dirija a un precio que se ubique en un punto intermedio para las partes, que puede ser \$200, en el cual se dividen entre sí el excedente cooperativo, es decir, la diferencia entre la mayor disposición a pagar del comprador (v. gr. el Estado) y la menor disposición a aceptar del productor (v. gr. el constructor). Así, cualquier precio que sea mayor a \$100 del lado del particular y menor a \$300 del lado del Estado producirá beneficios netos para las dos partes (excluyendo los beneficios que, para terceros, genera el hecho de contar con la calle construida). Si el precio se ubica hipotéticamente en \$200, el Estado tendrá un beneficio neto de \$100, ya que tendrá un bien que valoraba en \$300, al que se le adicionaban \$100 que dejó de pagar. Por otro lado, el constructor se beneficiará en \$100 netos, ya que recibe \$200 por algo que le costó construir \$100. En caso de no existir negociación, lo que es equivalente a que el particular no construya la carretera a un costo de \$100 (solución no cooperativa), el Estado se queda con \$300 o la carretera (que entonces construye) y el particular, con \$100. La situación en que se encontraban las partes antes de la negociación era de \$100 + \$300, lo cual da un valor social total de \$400. En cambio, luego de la negociación hipotética, las dos partes se encontrarán en mejor situación, ya que el Estado posee ahora un bien que valora en \$300 más \$100 que dejó de pagar, es decir, \$400, mientras que el particular recibe \$200 del Estado, lo que compensa sus \$100 invertidos en la carretera más \$100 adicionales, lo cual arroja un valor total de \$600. En consecuencia, la situación con negociación genera un mayor beneficio social de \$200 sobre el escenario de no cooperación.

En este punto, resulta pertinente incluir una nueva variable relevante: el costo de oportunidad. Este costo se define como un beneficio que sacrifica un sujeto al tomar una decisión, es decir, la utilidad que se deja de percibir al haber dejado de hacer una actividad para realizar otra³⁷. Por ejemplo, el costo de oportunidad de un abogado puede ser la pérdida del beneficio que podría recibir por tramitar una demanda judicial, cuando emplea su fuerza de trabajo en escribir una novela romántica. Con esta nueva variable, podemos ajustar nuestro caso hipotético, en el sentido que el constructor evalúe su costo de oportunidad y determine si le es beneficioso construir la calle para el Estado o emplear sus recursos en otra obra.

Sigamos asumiendo que al particular le costará \$100 construir la calle, empero, utilizar esos \$100 en, supongamos, construir un edificio de apartamentos, le dejará una ganancia neta de \$20. Por otro lado, mantengamos constante que, según el presupuesto del Estado, se estima que la construcción de la calle costará \$300, lo cual indica que de construirla, tendrá que incurrir en costos de \$300 y, de no hacerlo, mantendrá en su

36 COOTER, R. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 105-108.

37 PINDYCK y RUBINFELD. Op. cit., p. 248.

presupuesto los \$300. Sin embargo, como se anotó previamente, el único escenario en que el Estado se encontrará en una situación mejor que la actual es cuando el particular es quien construye la calle, ya que cuando este último realiza la obra, el Estado resta de su prepuesto aquel costo y se beneficia con \$200 que dejó de emplear para la construcción, lo que se puede expresar en el siguiente cuadro:

		Estado	
		Construir	No construir
Constructor	No construir	20,0	20,0
	Construir	Caso imposible ³⁸	-20,200

Así, cuando el particular decida no construir, el Estado deberá invertir la totalidad de su valor de amenaza (\$300) en la construcción, luego no recibirá ningún beneficio, aunque tampoco perderá nada (\$0). En el mismo caso, cuando el particular decide no construir, recibe un beneficio (\$20) asociado a emplear el costo de la carretera en la construcción de un edificio de apartamentos. Por otro lado, cuando el particular decide construir, su situación empeora, al perder el beneficio asociado a la otra actividad. Por esta razón, siendo el constructor un sujeto racional, su estrategia dominante será siempre NO CONSTRUIR, ya que esta siempre le produce un beneficio. A este escenario lo llamaremos "situación 1".

Sin embargo, para el Estado, como sujeto maximizador, no es beneficioso que la decisión del constructor sea no construir la calle, máxime si el costo de construcción es menor cuando lo hace el particular y no el Estado. De este modo, el Estado deberá reconocer al particular una ganancia mínima de \$21, para que la estrategia dominante del particular deje de ser NO CONSTRUIR y prefiera CONSTRUIR. Cuando se le genera al particular el incentivo de construir, el Estado deberá renunciar a parte de sus beneficios, hasta \$179 (cuando menos), lo que será, en todo caso, una mejor situación, en comparación a cuando la compensación no tiene en cuenta el costo de oportunidad. A este escenario lo llamaremos "situación 2".

Para constatar que la situación 2 es más eficiente que la situación 1, adoptaremos el criterio de eficiencia paretiano. PARETO consideraba que es eficiente una situación en la que no es posible mejorar a alguien sin perjudicar a otro sujeto o que a este le sea cuando menos indiferente, lo que se conoce como un superior paretiano. Por lo tanto, será ineficiente la situación en la que no sea posible mejorar a alguien afectando a otro³⁹. Luego, de la situación 1 podemos decir que, dada la estrategia dominante, el equilibrio apunta a que el constructor reciba un beneficio de \$20 y el Estado, \$0. Por otro lado,

38 Este caso nunca va a suceder, debido a que los sujetos son excluyentes en la construcción de la calle, es decir, si la construcción la hace el particular, el Estado no podrá hacerla, y si el Estado hace la construcción, el particular no podrá hacerla.

39 CASTELLANOS GARCÍA, D. ¿Qué es la justicia?: una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva. Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 16.

la situación 2 plantea un escenario en el cual el particular recibe un beneficio de \$21 y el Estado, de \$179, lo cual se soporta en un incentivo que el Estado propone para que se construya la calle. Así, podemos afirmar que la situación 1 lleva a un resultado ineficiente, y la situación 2 es superior paretiano de aquella. Lo anterior se puede expresar en el siguiente cuadro:

		Estado	
		Construir	No construir
Constuctor	No construir	20,0	20,0
	Construir	Caso imposible	*21, *179

Haciendo un paralelo, podemos hacer una referencia a un caso de COASE desarrollado por COOTER y ULEN. Este caso trata sobre un ferrocarril que corre al lado de un campo donde se cultivan hortalizas. Sin embargo, este ferrocarril arroja chispas que caen sobre los cultivos, lo cual genera un perjuicio⁴⁰. Ahora bien, desde el punto de vista de una negociación, es pertinente decir que, independientemente de sobre quién recaiga la titularidad de protección en este conflicto, en un escenario sin costos de transacción, las partes siempre involucrarán sus respectivos costos de oportunidad dentro de una negociación. En el caso del agricultor, el costo de oportunidad es el que pierde de vender las hortalizas en el mercado, si es que las chispas queman sus cultivos, y para el ferrocarril, el costo de oportunidad corresponde a lo que deja de ganar, si es que, por ejemplo, el agricultor puede exigirle que reduzca la frecuencia con que utiliza la línea férrea⁴¹.

Para tener mayor claridad sobre nuestro argumento, y evidenciar su utilidad en la realidad, podemos analizar un caso real de enriquecimiento sin causa que fue resuelto por la jurisprudencia francesa⁴², y que puede representarse con los siguientes hechos:

Hay dos predios vecinos que pertenecen a X y Y, y cada uno de ellos tiene una casa. La casa de X está siendo consumida por el fuego, y los bomberos deciden pasar por el predio de Y para poder apagar el incendio. Pero al pasar por este predio, causan daños sobre los cultivos que tenía X. Sin embargo, si los bomberos no hubieran pasado por este predio, no habrían podido mitigar el daño causado por el fuego en el predio de Y.

En este caso, podemos ver que Y se benefició, en la medida que no tuvo que incurrir en el costo de hacer un camino para el acceso de los bomberos. Por otro lado, quien soportó

40 COOTER. Op. cit., p. 118.

41 En este punto, es importante hacer una aclaración, ya que el ejemplo utilizado no se refiere a un supuesto de enriquecimiento sin causa. Por el contrario, se puede decir que este es un caso de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, este ejemplo permite explicar que cuando las partes entren en una negociación con el objeto de determinar quién soporta el daño del otro, siempre lo hacen incluyendo el costo de oportunidad.

42 Tribunal de Vanves. Sentencia 26/07/1927. D.H. 1927.

parte del costo de rescate fue X , ya que los bomberos pasaron por su predio Y , además de ello, le causaron perjuicios. Aquí, la externalidad se materializa cuando a X se le impone un costo por vía diferente al mercado, ya que Y no asumió previamente el costo producido por el uso del predio y los daños que esto causó. A su vez, esto constituye un caso de enriquecimiento sin causa, ya que un sujeto se enriqueció (economizando gastos) y otro se empobreció (uso del predio y daños) sin una causa jurídica, es decir, sin mediar una fuente de obligaciones.

Supongamos que los mayores costos que previene X en razón del rescate, afectando el predio de Y , son de \$500; luego, si los bomberos hubieran tomado una vía alternativa para acceder al predio de X , este hubiese sufrido pérdidas adicionales de -\$500. Por otro lado, si Y permite que los bomberos crucen su predio para realizar el rescate, este sufrirá una pérdida de \$200, correspondiente a la inversión que, hasta el momento, había hecho en su cultivo (que sería equivalente a la compensación por pagar, en caso de que se adopte la interpretación del Derecho Civil). Pero el mismo caso, si Y no hubiera permitido el paso de los bomberos, tendría la oportunidad de vender sus cultivos en \$220. El anterior escenario lo podemos representar en el siguiente cuadro:

		X (Bomberos)	
		Tomar vía alternativa	No tomar vía alternativa
Y	No permitir el paso	20, -500	20, -500
	Permitir el paso	Caso imposible ⁴³	-20, 500

Así las cosas, y bajo esta matriz de pagos, es posible afirmar que la estrategia dominante de Y será no permitir el paso, ya que cuando Y analice el costo de oportunidad, preferirá optar por la actividad en la cual recibirá un beneficio neto. De este modo, el único escenario en el que Y permitirá el paso de los bomberos será cuando se le reconozca no solo el costo de su actividad agrícola, sino también algo superior a los beneficios que esta le hubiera producido. En consecuencia, un beneficio cooperativo solo se podrá dar, cuando X reconozca a Y el costo de su actividad agrícola más un beneficio superior a aquel que recibiría vendiendo sus productos en el mercado (costo de oportunidad). El anterior escenario lo podemos representar en el siguiente cuadro:

		X	
		Construir	No construir
Y	No permitir el paso	20, -500	20, -500
	Permitir el paso	Caso imposible	*21, *479

43 Este caso es imposible, debido a que si Y ya permitió el paso hacia el predio de X , los bomberos no pueden acceder simultáneamente por otro camino.

En virtud de lo anterior, retomando el criterio de eficiencia paretiano y la idea de la negociación hipotética, podemos constatar que existen dos situaciones con diferentes matrices de pago. Así, la situación 1 no contempla un escenario cooperativo, lo cual nos produce un esquema pagos (20, -500) que es ineficiente, en comparación con la situación cooperativa en la que las dos partes se encuentran simultáneamente en una mejor situación (21, 579).

Luego de haber planteado escenarios hipotéticos donde los costos de transacción son bajos, podemos tomar una posición frente a los tipos de condenas del enriquecimiento sin causa. Para lo anterior, debemos analizar el segundo postulado del Teorema de Coase, el cual considera que, en un escenario con costos de transacción altos, las asignaciones de recursos resultan fundamentales para llegar a resultados eficientes⁴⁴. En este orden de ideas, la manera como asigne derechos el ordenamiento jurídico es esencial para producir estados de cosas eficientes.

Retomando la diferencia condenatoria del enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo, podemos ver que en el primer caso, la víctima solo es compensada por su empobrecimiento, y en el segundo caso, algunas sentencias han permitido que el empobrecido sea compensado y, además, indemnizados. Así, con base en los ejemplos anteriormente analizados, podremos concluir cuál de las dos interpretaciones respecto de las condenas conduce a estados de cosas más eficientes. En nuestro caso, podemos asemejar la condena compensatoria a los costos que emplea el particular en la construcción de la calle (\$100), en el primer ejemplo, y el agricultor en la siembra de sus cultivos (\$200), en el segundo ejemplo.

Por otro lado, los sujetos empobrecidos están dejando de usar sus recursos en otra actividad, por prestarle ayuda a otro (costo de oportunidad), lo cual genera un daño subsecuente, es decir, no solo se afecta el costo de los recursos empleados en el rescate, sino también lo que se ha dejado de percibir en otra actividad. Entonces, lo que el empobrecido ha dejado de percibir en otra actividad lo podemos entender como la causa de una indemnización dentro de una sentencia condenatoria. De este modo, cuando el ordenamiento jurídico no permite reparaciones integrales (indemnización + compensación) en casos donde el enriquecimiento sin causa se da por un rescate, ayuda o urgencia (lo que supone un escenario de altos costos de transacción), se incentiva que el constructor (en el primer ejemplo) y el agricultor (en el segundo ejemplo) no utilicen o se opongan al uso de sus recursos en favor de otro, aun si en un escenario sin costos de transacción, los favorecidos estarían dispuestos racionalmente a pagar, incluso, la indemnización.

Con todo, lo anterior nos permite sostener que la figura del enriquecimiento sin causa, concretamente, la interpretación que se limita a la compensación por la pérdida en el Derecho Civil, es ineficiente, en comparación con la reparación integral, la cual halla su desarrollo en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

Pese a lo recién señalado, la postura que estamos asumiendo es susceptible de críticas, entre ellas, por ejemplo, que el hecho de que se considere eficiente y, por tanto,

44 ACCIARRI. Op. cit., p. 433.

superior la norma que conceda reparaciones integrales a quienes realicen prestaciones en favor de otro sin la existencia de una causa puede, sin embargo, detonar la aparición de conductas oportunistas tipo *rent seeking*⁴⁵, en contraste con si se adoptara la interpretación –del Derecho Civil– que limita la condena a la compensación. En respuesta a esta objeción, en la parte final de este escrito, abordaremos subrepticamente los límites de nuestra posición *iuseconomista*.

4. CONCLUSIONES: LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La adaptación de la figura del enriquecimiento sin causa por parte del Consejo de Estado ha tenido un desarrollo fundamental para esta investigación, ya que el punto central de este trabajo es el hecho de que las condenas originadas por un enriquecimiento sin causa civil y uno administrativo sean distintas. Así, las dos posturas que se enfrentan tienen una misma base, pero conducen a resultados distintos.

En algunos casos, el Consejo de Estado ha decidido incorporar el concepto de reparación integral a las condenas del enriquecimiento sin causa, lo cual se compone de una compensación y una indemnización. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Civil consideran que la procedencia de un enriquecimiento sin causa limita al juez a una condena compensatoria, es decir, que los daños subsecuentes que un empobrecimiento genere serán desconocidos en términos de reparación.

La forma como el Derecho Administrativo desarrolló el enriquecimiento sin causa fue objeto de varios cuestionamientos por parte de la teoría clásica del Derecho Civil, lo cual produjo que la jurisprudencia contenciosa administrativa se remontara a los orígenes de la figura y corrigiera sus errores teóricos. Sin embargo, a los ojos del Análisis Económico del Derecho, la aplicación de la reparación integral –según la interpretación del Consejo de Estado– es una decisión eficiente, ya que pudimos observar dos casos donde es necesario incentivar una conducta de ayuda o rescate, que, en conjunto, maximiza beneficios sociales. En contraste, el Derecho Civil propone un desincentivo a las situaciones de ayuda o rescate, pues la compensación, como fruto de la condena, genera que el sujeto potencialmente empobrecido evada situaciones donde tenga que ayudar a otros, ya que puede emplear los costos de su empobrecimiento en actividades que le devenguen un mayor beneficio. Limitar la condena a la sola compensación es equivalente a ordenar al empobrecido que renuncie a la totalidad de los beneficios que el rescate le evitó obtener. Ello, aun cuando el inicialmente enriquecido con el rescate maximizara su utilidad, si es que tuviese que pagar por la totalidad de los beneficios que el rescate evita que el empobrecido obtenga.

45 En este caso, nos estamos refiriendo a agentes que asumen conductas oportunistas, con el fin de recibir beneficios, evadiendo costos. Se les conocen como cazadores de rentas o *rent seekers*. GREGORY MANKIWI, N. Principios de Economía. 7.ª ed. Cengage Learning, 2012, p. 220.

Así, bajo la interpretación del Derecho Civil, si un lanchero se dirigiera a recoger a unos turistas para pasearlos por un lago y viera en su camino a una persona ahogándose, optaría racionalmente por no rescatarlo, si es que según la regla de la compensación, el que se está ahogando solo se encuentra obligado a reparar el costo de la gasolina empleada para su propio rescate. Pero de otro modo serían las cosas, si una reparación integral obligara a quien se ahoga a pagar el costo de la gasolina y, además, el beneficio que el lanchero habría recibido de manos de los turistas que pretendía pasear; en este caso, la norma incentivaría siempre la conducta del rescate por parte del lanchero⁴⁶.

Lo indicado nos permite introducir la discusión –para una eventual ulterior desarrollo– acerca de los límites que debe tener la aplicación de la regla de reparación integral en los casos de enriquecimiento sin causa, ya que si, como sucede en el caso del lanchero, este será remunerado, incluyendo el beneficio perdido que habría recibido en su actividad regular de pasear turistas por el lago, quizá este tendrá ahora incentivos para abandonar su actividad regular y, en su lugar, optar, de manera oportunista, por buscar a personas ahogadas, para ir las a rescatar y obtener el beneficio correspondiente (*rent seeking*). Respecto de esta objeción, consideramos que, *prima facie*, la noción de la figura del enriquecimiento sin causa incluye, en sí misma, una respuesta que previene este tipo de comportamientos oportunistas. En concreto, y como se sabe, uno de los requisitos del enriquecimiento sin causa es que el sujeto potencialmente enriquecido se encuentre en una situación de urgencia⁴⁷, ya que de no encontrarse en ella, sería inoficiosa y presuntamente oportunista la actuación de un rescate. Así, la doctrina clásica del enriquecimiento sin causa nos puede brindar soluciones para tratar esta situación, ya que esta figura concede al enriquecido una excepción de culpa o dolo⁴⁸. De este modo, el empobrecido que tuvo la posibilidad de llegar a un acuerdo con el enriquecido y no lo hizo, con el fin de obtener provecho, estará sujeto a que su acción no proceda en virtud de una excepción de dolo. En consecuencia, el demandante oportunista nada podría obtener del demandado, debido a que este último no se enriqueció; por lo tanto, el detrimento patrimonial del empobrecido es algo que solo proviene de su culpa o dolo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, H. A. El análisis económico de daños. Una aproximación general, La filosofía de la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BENAVIDES, J. L. Enriquecimiento sin causa y contratos públicos. Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, 2014, t 1.

46 WONNEL, C. T. Unjust Enrichment and Quasi-Contracts, Contract Law and Economics. 2 ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 797-801, vol 6.

47 En este punto, hay que realizar una salvedad respecto del caso hipotético hecho con anterioridad, debido a que la construcción de una calle no se concreta como una situación de urgencia. Sin embargo, es posible asociar este ejemplo con la reparación de un acueducto o cableado eléctrico.

48 FABREGA. Op. cit., p. 232.

- CASTELLANOS GARCÍA, D. *¿Qué es la justicia?: una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*. Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia SU de 19 de noviembre del 2012, n.º 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 29 de enero de 1998, n.º 11099, C.P. Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 1984, n.º 4070, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 11 de julio de 1996, n.º 9409, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero del 2013, n.º 24969, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 15 de noviembre de 1990, n.º 5883, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 22 de febrero de 1991, n.º 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio del 2009, n.º 35026, C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987, n.º 3886, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1991, n.º 6306, C.P. Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007, n.º 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, n.º 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
- COOTER, R. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-038 de 1995, Exp. D-665, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-219 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 22 de febrero de 1991, Josué Granados Agudelo vs. Vianini S.P.A.
- DU PLESSIS, J. *Fraud, duress and unjustified enrichment: a civil-law perspective*. The Comparative Law of Unjustified Enrichment. Cambridge University Press, 2002.
- ESPITIA GARZÓN, F. *Historia del Derecho Romano*. 4 ed. Universidad Externado de Colombia, 2012.
- FABREGA PONCE, J. *El enriquecimiento sin causa*. Editores Colombia S.A., 1996, t 1.
- GREGORY MANKIWI, N. *Principios de Economía*. 7 ed. Cengage Learning, 2012.
- HENAO, J. C. *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. La responsabilidad extracontractual del Estado*. Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: negocio jurídico*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, vol 1.
- MANASEVICH, R. A. *Las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- PIERLUIGI, C. *El Análisis Económico del Derecho*. Palestra, 2013.
- PINDYCK, R. S. y RUBINFELD, D. L. *Microeconomía*. 7.^a ed. Pearson Prentice Hall, 2009.
- PINZÓN, C. E. *La acción de reparación directa, aspectos procesales y probatorios*. Ibáñez, 2016.
- SCOGNAMILIO, R. *Teoría general del contrato*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Tribunal de Vanves. Sentencia del 26 de julio de 1927. D.H. 1927.
- WONNEL, C. T. *Unjust Enrichment and Quasi-Contracts*. En: *Contract Law and Economics*. 2 ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2011, vol. 6.