



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, catorce (14) de marzo dos mil dieciocho (2018)

Referencia	11001-33-36-031-2015-00607-00
Sentencia	SC3-18031390 Aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 39
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	ALMACEN GENERAL DE DEPÓSITOS S.A.
Demandado	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	Actio in rem verso. Contrato de depósito.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por ALMACEN GENERAL DE DEPOSITOS S.A. - ALPOPULAR, contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 20 de agosto de 2015 Almacén General de Depósitos S.A. presentó demanda de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se declarara que la Fiscalía General de la Nación se enriqueció sin justa causa por el no pago a la demandante de los servicios de almacenamiento de archivos efectivamente prestados.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordenara a la demandada a pagar a favor de la actora la suma de treinta y dos millones cuatrocientos siete mil setecientos treinta pesos (\$32'407.730), correspondientes a los servicios prestados.

Como fundamento de las pretensiones, se indicó que entre la Fiscalía General de la Nación y Almacén General de Depósitos S.A. se suscribió el contrato 0086 de 2011, cuyo objeto consistió en “la prestación del servicio de almacenaje y custodia del archivo documental” y cuyo plazo de ejecución fue hasta agotar presupuesto o hasta el 30 de noviembre de 2013, lo primero que ocurriera.

Dicho contrato fue adicionado el 30 de octubre de 2012, en doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000), y el 16 de mayo de 2013 en veinte millones de pesos (\$20'000.000).

Los servicios se continuaron prestando por parte de la demandante hasta el 16 de agosto de 2013; sin embargo, la supervisión del contrato mediante correo electrónico del 30 de agosto de 2013 informó que el valor del contrato cubrió costos de ejecución hasta el 13 de junio de 2013.

Aunque el 21 de mayo de 2014 se llegó a un acuerdo conciliatorio ante la Procuraduría 85 Judicial I para Asuntos Administrativos, consistente en que la

Fiscalía General de la Nación realizaría el pago de treinta millones setecientos ochenta y siete mil trescientos cuarenta y tres pesos (\$30'787.343), el 10 de septiembre de 2014 el Juzgado 36 Administrativo Oral de Bogotá improbo la conciliación por considerar que el acuerdo resultaba lesivo para el erario, decisión que fue confirmada mediante auto del 5 de junio de 2015.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El 18 de noviembre de 2015 el Juzgado 31 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. admitió la demanda y ordenó surtir el trámite de notificaciones de que trata el artículo 171 del C.P.A.C.A. y correr traslado a las partes para contestar la demanda.

El 18 de febrero de 2016, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones por considerar que en el presente asunto no se cumple con los requisitos para que proceda el medio de control de reparación directa por enriquecimiento sin justa causa.

El 19 de julio de 2016 se realizó la audiencia inicial. El 7 de marzo de 2017 se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El 15 y 24 de marzo de 2017 las partes presentaron los correspondientes alegatos.

3. Sentencia de primera instancia.

El 15 de mayo de 2017 la Juez 31 Administrativo Oral de Bogotá negó las pretensiones de la demanda por considerar que de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, fue posible advertir que ambas entidades desconocieron la formalidad de suscribir un otrosí para poder continuar con la ejecución del contrato estatal inicialmente suscrito. Asimismo, observó la a quo que la demandante no probó que se encontrara en una de las tres causales que excepcionan la necesidad del contrato escrito, tales como (i) el constreñimiento por parte de la administración; (ii) la urgencia manifiesta; y (iii) el suministro de bienes para el sector salud.

II. RECURSO DE APELACIÓN.

1. El recurso.

El 1 de junio de 2017 la accionante interpuso y sustentó en tiempo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea revocada en su integridad, por considerar que la juez de primera instancia hace una errónea interpretación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012, que trata sobre el enriquecimiento sin justa causa, pues una de las causales establecidas en dicha providencia para que proceda el medio de control de reparación directa es el siguiente:

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

Aseguró la demandante que aunque la entidad accionada no la constriñó a la prestación del servicio de archivo, si le impuso tal obligación, pues una vez terminado el contrato no procedió con el retiro de los archivos. Así, resalta la Sala que fue exclusivamente la Fiscalía, la que en virtud de su supremacía, autoridad o de su imperium impuso a ALPOPULAR S.A. la prestación del servicio en su beneficio, por fuera de un contrato estatal, sin que pueda atribuirse alguna culpa a ALPOPULAR S.A.

El 19 de julio de 2017 se concedió la alzada en el efecto suspensivo.

2. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el recurso formulado oportunamente por la parte demandada fue admitido, por lo que se corrió traslado del mismo a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto, autos del 13 de septiembre de 2017 y 11 de octubre de 2017.

El 26 de octubre de 2017, la parte actora alegó de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El 27 de octubre de 2017, la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos indicando que en el presente caso, se advierte que la situación de constreñimiento que se exige por la sentencia para la configuración del respectivo caso, no está probada dentro del proceso, en cuanto no se estableció ningún tipo de acciones por parte del contratista para evitar dicha situación, como por ejemplo, requerimientos o mensajes de alerta a la entidad, o solicitud de indicaciones para el recibo de los archivos bajo su depósito por parte de la demandada. Por el contrario, aseguró la demandada, que con independencia de las vicisitudes de los procesos de contratación de la Nación – Fiscalía General, se evidencia una ausencia de dicha situación, lo que a la postre, conllevó no a una situación de constreñimiento, más si a una situación de necesidad de la permanencia del almacenamiento de los archivos en los respectivos depósitos, pero sin que ello implique la configuración del supuesto constreñimiento alegado en la demanda.

El agente del Ministerio Público emitió concepto alguno, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar que de las pruebas allegadas al proceso se tiene que la sociedad demandante prestó los servicios de almacenaje de archivo documental a la demandada entre el 13 de junio y el 16 de agosto de 2013, sin que mediara contrato que lo permitiera, esa circunstancia generó para la Nación – Fiscalía General de la Nación un enriquecimiento y para la sociedad demandante un empobrecimiento, empero en el caso no es posible conjurar tal circunstancia por la vía de la actio in rem verso porque, como lo precisó el a quo, no se configura ninguno de los 3 eventos “de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva”, con los que el Consejo de Estado, delimitó los alcances del recurso judicial.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a la Sala resolver problema jurídico:

¿A partir de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, se

encuentra acreditado el siguiente supuesto establecido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, para que proceda la actio in rem verso: Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.?

La tesis de la Sala es que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que no obra en el expediente material probatorio alguno que permita inferir que el depositario hizo a la Fiscalía el requerimiento al que se refiere el artículo 2256 del Código Civil, ni que adelantara las acciones que dispone tal norma en caso de que el depositante no dispusiera de las cosas dadas en custodia.

Tampoco se probó que la entidad pública, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* impusiera al respectivo particular la prestación de dichos servicios, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo, pues no existe un solo oficio que así lo compruebe. En cambio, encuentra la Sala que el demandante no hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 2256 ibídem, relacionada con consignar a sus expensas las cosas dadas en custodia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor individualmente considerada no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Caducidad de la acción.

En concordancia con el ordinal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el día siguiente del acaecimiento de la acción, hecho, omisión u operación administrativa causante del daño antijurídico, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Para el presente caso se tiene que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con la consiguiente condena al pago de los perjuicios materiales ocasionados como consecuencia de la prestación del servicio de archivo que hizo a la entidad entre el 13 de junio de 2013 y el 16 de agosto de 2013, sin que mediara contrato estatal alguno.

En consecuencia, para el presente asunto la caducidad de la acción se contabiliza entre el 17 de agosto de 2013 y el 17 de agosto de 2015. Y el trámite de conciliación prejudicial se dio entre el 20 de enero de 2014, cuando se presentó solicitud de conciliación y el 5 de junio de 2015, fecha en la que se confirmó la decisión del Juez 36 Administrativo Oral de Bogotá de no aprobar el acuerdo conciliatorio, por lo que la demanda del 20 de agosto de 2015 fue presentada dentro del término establecido en el ordinal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que es forzoso concluir que no ha operado la caducidad de la acción.

3. Legitimación en la causa.

En el presente caso se encuentra que Almacén General de Depósitos S.A. persigue la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Fiscalía General de la Nación por el enriquecimiento sin justa causa que tuvo como consecuencia del servicio de archivo que le prestó la demandante sin que mediara contrato estatal alguno y sin que fuera reconocido el pago por dicha prestación, por lo que se encuentran legitimados en la causa tanto por activa como por pasiva.

4. Argumentación jurídica.

4.1.- La reparación directa como vía adecuada para reclamar el enriquecimiento sin justa causa.

En un principio el Consejo de Estado consideraba que como el enriquecimiento sin causa tenía su origen en un hecho de la administración, que se sirve de la prestación de un servicio o de la ejecución de una obra sin otorgar contraprestación alguna, la reparación directa era el medio adecuado para reclamar tales pretensiones.¹ Sin embargo, en el 2009, el Alto Tribunal Administrativo señaló el carácter autónomo e independiente de la actio in rem verso y, en consecuencia, declaró la improcedencia de la reparación directa por considerar que su carácter estrictamente indemnizatorio reñía con la finalidad compensatoria de la pretensión derivada del enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, el 19 de noviembre de 2012, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, volviendo a la postura inicial, exponiendo que el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa debía hacerse a través de la reparación directa. No obstante, la Sala señaló que en estos casos la reparación directa no podía ejercerse con finalidad indemnizatoria, sino únicamente restitutoria, por lo que el demandante, en caso de prosperarle la pretensión, solo tenía derecho al monto del enriquecimiento.

4.2.- Requisitos para que proceda la reparación directa para reclamar el enriquecimiento sin justa causa.

En concordancia con la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia² ha desarrollado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887,

¹ Consejo de Estado, sentencias de 11 de diciembre de 1984, exp. 4070, C.P. Carlos Jaramillo Betancur, de 22 de febrero de 1991, exp. 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, de 3 de julio de 1992, exp. 5876, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 4 de julio de 1997, exp. 10030, C.P. Ricardo Hoyos Duque, y de 6 de abril de 2000, exp. 12775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

² Así lo recordó el pleno de la Sección Tercera cuando, en la sentencia de unificación de jurisprudencia antes citada, indicó que la Corte Suprema de Justicia "bien pronto sostuvo que la acción in rem verso para su buen suceso requería de: a) Un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) La ausencia de causa que justificara ese desequilibrio patrimonial; y d) La carencia de otra acción que permitiera la restitución. // Pero al advertir que la ley en algunos casos autorizaba el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señalo que la actio de in rem verso también tenía como requisito que con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley" e incluyó el pie de página n.º 25 "Cfr: Sala de Negocios Generales: Sentencia de septiembre 6 de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII, p. 587-606. Sala de

ahora consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación,³ ha señalado que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones, siempre que se configure alguno de los siguientes supuestos y se cumplan los siguientes requisitos⁴:

Supuestos en los que resulta procedente la *actio de in rem verso*:

- ✓ Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, **que fue exclusivamente la entidad pública**, sin participación y sin culpa del particular afectado, **la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones** o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- ✓ **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 la llevaron a tomar tal determinación.
- ✓ **En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta**, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

Requisitos para que proceda la *actio de in rem verso*:

- ✓ Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, esto es, no solo en el sentido de adición de algo (ventaja positiva), sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio (ventaja negativa);
- ✓ Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento; y

Casación Civil: Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-437, Magistrado Ponente Ricardo Hinestrosa Daza; Sentencia de 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476, Magistrado Ponente Juna Francisco Mujica; y Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32, Magistrado Ponente Liborio Escallón”.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

⁴ Al respecto ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación No. 54001-23-31-000-1999-00894-01(39027). Sentencia de 5 de diciembre de 2016.

- ✓ Que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, es decir, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

4.3.- Contrato de depósito.

En primer lugar, debe advertirse que conforme lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen en dicho estatuto.

Dado que la Ley 80 de 1993 no define el contrato de depósito, debe remitirse al derecho privado. El contrato de depósito se encuentra regulado en el artículo 2236 y siguientes del Código Civil. Así, se entiende por depósito el “contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”.

Aclara el mismo Código Civil en su artículo 2239, que existen dos tipos de depósito, el propiamente dicho y el secuestro.

El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante.

Conforme al artículo 2256 del Código Civil, el depositario podrá exigir que el depositante disponga de la cosa cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito. Y si el depositante no dispone de ella, podrá consignarse a sus expensas con las formalidades legales.

V. CASO CONCRETO.

1.- Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver los problemas jurídicos planteados en esta instancia:

- 1.1 Contrato de prestación de servicios 00086, celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y ALPOPULAR – Almacén General de Depósitos S.A., el 30 de septiembre de 2011 (fl. 17 – 22, c. 1):

PRIMERA.- OBJETO: *EL CONTRATISTA se obliga con la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a prestarle el SERVICIO DE ALMACENAJE Y CUSTODIA DE ARCHIVO DOCUMENTAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, teniendo en cuenta el pliego de condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía FGN-IP-105-2011 NC, sus adendas, y la propuesta presentada por el CONTRATISTA dentro del proceso de selección. (...)*

SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: *Será cargo del CONTRATISTA, además de las consagradas en la ley conforme con la naturaleza del presente contrato, el cumplimiento de las siguientes*

obligaciones generales y específicas (...)

B. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS: Entre otras obligaciones, el contratista se obliga a ejecutar el objeto, por lo cual tendrá las siguientes obligaciones: **1)** Prestar el servicio de bodegaje, conservación, preservación, custodia y **transporte** de los documentos inactivos que reposan en el archivo de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con las condiciones y especificaciones técnicas contenidas en el pliego de condiciones del proceso de selección abreviada FGN-IP-105-2011 y de acuerdo con las instrucciones impartidas por el supervisor del contrato, en todo caso, cumpliendo con los **ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO (ANS)** que hacen parte de este contrato para todos los efectos legales; **2)** Prestar el servicio de consulta, de manera ágil y oportuna, atendiendo las solicitudes de los funcionarios designados por la Fiscalía General de la Nación cumpliendo con el **ACUERDO DE NIVELES DE SERVICIO (ANS)**; **3)** Guardar total reserva sobre la información o documentación a la que tenga acceso en desarrollo de la ejecución del contrato; **4)** Las demás que correspondan a la naturaleza del objeto contractual. **TERCERA.- RESPONSABILIDAD Y VALOR DE LOS ARCHIVOS RECIBIDOS. EL CONTRATISTA** responderá ante **LA FISCALÍA** por cada caja de archivo que le haya sido confiada para su almacenamiento, más no por su contenido, ya que éste – el contenido – sólo es conocido y será manejado directamente por la Fiscalía, o por sus instrucciones. Para todos los efectos a que haya lugar, vale decir, contractuales, extracontractuales, procesales, extraprocesales, las partes de común acuerdo convienen en asignar a los archivos contenidos por cada caja, un valor de **DIEZ MIL PESOS (\$10.000)** (...)

SEPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Será de cargo de la Fiscalía, además de las consagradas en la ley **conforme con la naturaleza del presente contrato**, el cumplimiento de las siguientes obligaciones: **1)** Pagar el valor del contrato en las condiciones señaladas en el presente documento, previo recibidos a satisfacción por parte del supervisor de los elementos objeto del contrato. **2)** Ejercer la supervisión y el seguimiento permanente a los elementos objeto del contrato y obligaciones derivadas del mismo. **3)** Exigir y velar por el cumplimiento del objeto del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo. **4)** Requerir los documentos que sean necesarios para aclarar cualquier duda sobre la calidad del servicio objeto del presente contrato. (...)

OCTAVA.- VALOR: Para todos los efectos legales el valor total del presente contrato es de **QUINIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$510'000.000)** (...)

DÉCIMA.- PLAZO Y LUGAR DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución del contrato que se suscriba como consecuencia de la adjudicación del presente proceso de selección, será hasta agotar el presupuesto y en todo caso, no debe superar el treinta (30) de noviembre de 2013.

- 1.2 Adición No. 01 al contrato de prestación de servicios No. 00086 de 2011, por un valor de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000) (fl. 23 – 24, c. 1)
- 1.3 Adición No. 02 al contrato de prestación de servicios No. 00086 de 2011, por un valor de veinte millones de pesos (\$20'000.000) (fl. 25, c. 1)

- 1.4 Oficio dirigido al gerente general de ALPOPULAR S.A. por el Jefe de Sección de Gestión Documental el 22 de noviembre de 2013 (fl. 42 – 43, c. 1):

De manera atenta nos permitimos informar que el pasado 6 de agosto se solicitó por parte de esta Sección a la Oficina Jurídica de la Entidad, indicar el procedimiento a seguir para el reconocimiento y pago del valor por concepto de servicio de bodegaje y custodia del archivo de la Fiscalía, en fecha posterior al plazo contractual, atendiendo que el presupuesto del contrato finalizó el día 14 de junio de los corrientes y que los servicios antes mencionados se prestaron por parte de ALPOPULAR hasta el día 22 de agosto, teniendo en cuenta que estos constituían un servicio necesario en el cumplimiento de intereses públicos y las finalidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, y atendiendo al concepto de la oficina jurídica en donde manifiesta que “ALPOPULAR S.A. directamente o en conjunto con la entidad podrá solicitar conciliación extrajudicial para el pago de las prestaciones ejecutadas sin contrato estatal”, nos permitimos informar que el valor a reconocer (...) es de \$32.407.730 incluido IVA.

2. Análisis probatorio.

En el presente asunto Almacén General de Depósitos S.A. presentó demanda de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se declarara que la Fiscalía General de la Nación se enriqueció sin justa causa por el no pago a la demandante de los servicios de almacenamiento de archivo efectivamente prestados, sin que mediara contrato estatal alguno.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, fue posible advertir que ambas entidades desconocieron la formalidad de suscribir un otrosí para poder continuar con la ejecución del contrato estatal inicialmente suscrito. Asimismo, observó la a quo que la demandante no probó que se encontrara en una de las tres causales que excepcionan la necesidad del contrato escrito, tales como (i) el constreñimiento por parte de la administración; (ii) la urgencia manifiesta; y (iii) el suministro de bienes para el sector salud.

Sobre los argumentos esbozados por la Juez de primera instancia como fundamento para negar las pretensiones de la demanda, disintió el demandante, por considerar que en el presente asunto se configuraba la primer causal establecida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación para que proceda la actio in rem verso, esto es, cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium **impuso** al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

Así las cosas, a continuación procede a estudiar la Sala el argumento expuesto por la parte actora en el recurso de apelación, a fin de determinar si a partir de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso es posible determinar que se cumplen los requisitos para acceder a la declaratoria de enriquecimiento sin justa causa, conforme a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012.

En primer lugar, corresponde aclarar a la Sala que la primera de las tres causales contempladas por el Consejo de Estado en la mencionada providencia exige que se acredite de manera “fehaciente y evidente” el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- ✓ Que los servicios se prestaron por actuaciones adelantadas exclusivamente por la entidad pública, esto es, sin participación y sin culpa del particular afectado; y
- ✓ Que la entidad pública, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* impuso al respectivo particular la prestación de dichos servicios, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

Ahora, descendiendo al caso concreto se tiene que el 30 de septiembre de 2011, demandante y demandada suscribieron un contrato cuya naturaleza es el del depósito, en el que se pactó que la Fiscalía General de la Nación pagaría a ALPOPULAR S.A. la suma de \$10.000 por cada caja sobre la que ésta última ejerciera el bodegaje, conservación preservación y custodia. Asimismo, se estableció que el plazo de ejecución del contrato sería hasta el 30 de noviembre de 2013 o hasta agotar recursos, teniendo en cuenta que el valor total del contrato fue de \$790'000.000 (1.1, 1.2, 1.3)

Así, para la Sala es claro que el depositario, teniendo pleno conocimiento del valor a pagar por cada caja entregada en custodia y el valor total del contrato, debía conocer la fecha en la que se agotarían los recursos del contrato, esto es, la fecha en la que el plazo de ejecución del contrato finalizaría.

Conforme al artículo 2256 del Código Civil, el depositario puede exigir que el depositante disponga de la cosa cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito. La misma disposición normativa establece que si el depositante no dispone de ella, el depositario puede consignarla a sus expensas con las formalidades legales.

Sobre el particular resalta la Sala que no obra en el expediente material probatorio alguno que permita inferir que el depositario hizo a la Fiscalía el requerimiento al que se refiere el artículo 2256 del Código Civil, ni que adelantara las acciones que dispone tal norma en caso de que el depositante no dispusiera de las cosas dadas en custodia.

Así, aunque mediante oficio del 22 de noviembre de 2013, la Fiscalía reconoce al depositario haberse generado servicios por valor de \$32'407.730, por fuera del plazo de ejecución del mencionado contrato estatal, considera la Sala que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que dicha prestación fuera del término no se realizó por causas “exclusivamente” imputables a la entidad pública, pues no se demostró que se hubiera requerido a la Fiscalía para que dispusiera de las cajas entregadas en custodia una vez se finalizó el plazo de ejecución del contrato.

Tampoco se probó que la entidad pública, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* impusiera al respectivo particular la prestación de dichos servicios, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo, pues no existe un solo oficio que así lo compruebe. En cambio, encuentra la Sala que el demandante no hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 2256 *ibídem*, relacionada con consignar a sus expensas las cosas dadas en custodia.

3. Costas Procesales.

Como quiera que la parte demandante fue vencida en segunda instancia, el artículo 188 del CPACA⁵ establece que: “la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas”, es decir, no existe la orden o deber de condenar objetivamente a la parte vencida, pues lo dice es que el juez “dispondrá”, que significa: “mandar lo que se debe hacer”⁶. Obsérvese que esta disposición es distinta a los señalado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., la cual sí establece que el juez “condenará en costas a la parte vencida en el proceso”. Luego, mientras el primer concepto es una simple indicación o criterio orientador para la decisión, el segundo es una orden o deber.

En segundo lugar, conforme la parte final del artículo 188 del C.P.A.C.A., la liquidación y ejecución se rige por el C.G.P., es decir, por el numeral 8º de artículo 365 del C.G.P., por lo tanto, “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. Es decir, para que opere la condena en costas de la parte vencida deberá al momento de la sentencia haberse “causado” y “probado”. Y para estos efectos, el Consejo de Estado⁷, ha hecho la siguiente interpretación:

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, señaló lo siguiente:

La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (Subraya la Sala) En el caso concreto, no existe prueba que justifique la condena en costas, razón suficiente para revocar la decisión del a quo en este aspecto (numeral segundo de la parte resolutive). En su lugar, se dispone no condenar en costas al demandante.

Por último, haciendo una interpretación conforme a la constitución del artículo 188 del C.P.A.C.A., en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política (Art. 103 C.P.A.C.A.), como la justicia y el acceso a la administración de justicia (Art. 2 y 230 C.P.), pedirle al demandante que sólo acuda al juez si tiene la plena certeza de ganar el proceso o a la parte demandada que se allane a la demanda es atentar contra el derecho fundamental al juez natural para que le defina, de manera definitiva, sus derechos. Si no fuera de esta manera, ¿qué sentido tendría que todo ciudadano tenga derecho a participar en los asuntos que le afectan si ni siquiera puede de manera espontánea acudir a su juez natural? (Art. 2 y 95 C.P.).

⁵ “CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

⁶ Ver www.rae.es

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, Radicación: 73001233300020130000501 (20801), Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

En conclusión, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.A.C.A., conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso.

Para el caso concreto, la Sala no condenará en costas a la parte vencida porque no existe prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., el 15 de mayo de 2017.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas procesales, conforme la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado