



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO No. 70-001-33-33-008-2014-00262-01
DEMANDANTE: MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.

ASUNTO A DECIDIR:

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora **MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO**, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO, **solicitando** que se declara responsables administrativa y patrimonialmente a la entidad territorial con ocasión del enriquecimiento sin causa del municipio y el detrimento patrimonial que debió afrontar a actora, al haber suministrado bienes y servicios en favor de dicho ente territorial sin el soporte contractual que ocasionó la falta de pago de los mismos.

En consecuencia, **pretende** se condene al Municipio de Sincelejo pagar a título de compensación la suma de \$296.088.000, suma en que resulto empobrecida más los intereses moratorios, se ordene la actualización monetaria de la condena y el pago de costas y gastos procesales.

¹ Fol. 1-12 C. Primera Instancia.

Como **supuestos fácticos** se afirmó en la demanda que:

La Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO es una comerciante legalmente registrada ante la Cámara de Comercio de Sincelejo bajo MATRICULA MERCANTIL N° 00034431 del 22 de enero de 2004, matrícula que la identifica como prestadora de los servicios de "EXPENDIO A LA MESA DE COMIDAS PREPARADAS", actividad que desarrolla en la ciudad de Sincelejo en el RESTAURANTE LAS MARIAS.

En ejercicio y desarrollo de la labor mercantil que presta la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO en el RESTAURANTE LAS MARIAS de la ciudad de Sincelejo, le fueron prestados los servicios al MUNICIPIO DE SINCELEJO tal y como de ello da cuenta la relación de cuentas de cobro que fueron debida y legalmente presentadas al MUNICIPIO DE SINCELEJO y que se detalla y relaciona así:

I. CUENTA DE COBRO DEL 31 DE MAYO DE 2013 POR LA SUMA DE \$259.277.000,00

DEPENDENCIA	FECHA	SERVICIO	CANTIDAD	VALOR/UNIDAD	TOTAL
Despacho del Alcalde	19,20,21, y 22 marzo/2013	Comidas	640	\$11.000,00	\$ 7.040.000
Secretaria del Interior/Convivencia Ciudadana	11 al 19 de octubre de 2013	Comidas	11.700	\$11.000,00	\$128.700.000
Secretaria del Interior/Convivencia Ciudadana	11 del 19 de octubre de 2013	Refrigerios	10.800	\$ 7.500,00	\$ 81.000.000
Secretaria del Interior/Convivencia Ciudadana	Del 9 de enero al 25 de febrero de 2013	Comidas	3.867	\$11.000,00	\$ 42.537.000

La anterior cuenta de cobro fue presentada ante el MUNICIPIO DE SINCELEJO el 31 de mayo de 2013 y a la misma le fue asignado el RADICADO 051492, cuenta de cobro compuesta los siguientes documentos:

- Comunicación suscrita por la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO del 31 de mayo de 2013 recibida en la misma fecha por el Municipio de Sincelejo bajo el radicado 051492
- Cuenta de Cobro por \$259.277.000,00 presentada por la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO recibida por el Municipio de Sincelejo el 31 de mayo de 2013 bajo el radicado 051492.
- Solicitud de prestación de servicio hecha por el Alcalde de Sincelejo el 18 de marzo de 2013.
- Oficio N° 0043/ MD-CGFM-CE-JEM-JEREC-DIRCR-R-Z11-DIM11CDO del 5 de febrero de 2013 mediante el que el Comandante del Distrito Militar N° 11 solicitó al Alcalde de Sincelejo la colaboración y apoyo para las Jornada Regional de Expedición de Tarjetas Militares a llevarse a cabo los días 20, 21, 22 y 23 de marzo de 2013.
- Oficio N° 0167/ MD-CGFM-CE-JEM-JEREC-DIRCR-R-Z11-DIM11CDO del 15 de abril de 2013 mediante el que se certifica haber recibido a satisfacción el suministro de alimentación por parte de la Señor MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO.
- Certificación expedida el 23 de enero de 2013 por la Teniente MARIAM SEGURA CARMONA, Jefe Administrativa Departamento de Policía de Sucre dando por recibido del RESTAURANTE LAS MARIAS los servicios de alimentación durante los días 11 al 19 de enero de 2013.
- Oficio N° S-2013 000246/SUBCO-JEFAT-25.15 del 9 de enero de 2013 suscrito por el Teniente Coronel OSCAR ANTONIO MORENO MIRANDA, Subcomandante Departamento de Policía Sucre, solicitando al Alcalde de Sincelejo apoyo para las Festividades del Dulce Nombre de Jesús/ 2013
- Solicitud de prestación de servicios hecha por la Doctora MAIDA HOYOS ARRAZOLA, Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana del Municipio de Sincelejo el 10 de enero de 2013 a la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO para el suministro a la Policía Nacional de desayunos, almuerzos, cenas, refrigerios durante las Festividades de Dulce Nombre de Jesús 2013
- Constancia expedida el 26 de febrero de 2013 por el Capitán MIGUEL ANGEL MERCADO GERMA, Comandante Segunda Sección Compañía N° 11 ESMAD de la Policía Nacional recibiendo el suministro del RESTAURANTE LAS MARIAS entre enero 9 y febrero 25 de 2013.

**II. CUENTA DE COBRO DEL 18 DE JUNIO DE 2013 POR LA SUMA DE
\$36.811.000,00**

DEPENDENCIA	SERVICIO	CANTIDAD	V/R UNITARIO	TOTAL
Despacho Alcalde	COMIDAS	VARIOS	VARIOS	\$22.811.000,00
Coordinación de Juventudes	ALMURRZOS	480	\$11.000,00	\$ 5.280.000,00
Coordinación de Juventudes	JUGOS	480	\$ 2.000,00	\$ 960.000,00
Familias en Acción	BOLSASCONAGUA	10.000	\$ 300,00	\$ 3.000.000,00
Familias en Acción	JUGOS	2.380	\$ 2.000,00	\$ 4.760.000,00

La anterior cuenta de cobro fue presentada ante el MUNICIPIO DE SINCELEJO el día 18 de junio de 2013 y a la misma le fue asignado el RADICADO 060643, cuenta conformada por los siguientes folios:

- Comunicación del 14 de junio de 2013 dirigida al Alcalde de Sincelejo remitiéndole la respectiva cuenta de cobro.
- Cuenta de Cobro por valor de \$36.811.000,00
- Relación de los diferentes suministros realizados por el RESTAURANTE LAS MARIAS al Municipio de Sincelejo. por valor de \$22.811.000,00 correspondiente al primer concepto de la tabla anterior.
- Comunicación del 30 de octubre de 2012 del Coordinador de Juventudes del Municipio de Sincelejo mediante la que le informa a la Secretaria General de la Alcaldía de Sincelejo haber recibido del RESTAURANTE LAS MARIAS los servicios de almuerzo y jugos
- Comunicación del 9 de agosto de 2012 mediante la que el Coordinador de Juventudes del Municipio de Sincelejo solicitó a la Secretaría General de la Alcaldía de Sincelejo los almuerzos para las jornadas que se detallan en el mismo..
- Comunicación por medio de la que el Enlace Municipal de Familias en Acción del Municipio de Sincelejo I informa al Alcalde de Sincelejo haber

recibido los suministros de refrigerios y almuerzos del RESTAURANTE LAS MARIAS.

De los documentos antes relacionados y aportados con esta demanda se sigue que la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO suministró, por intermedio del Establecimiento de Comercio RESTAURANTE LAS MARIAS, bienes y servicios al MUNICIPIO DESINCELEJO por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M.L. (\$296.088.000,00).

La señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO una vez suministró los bienes y servicios al MUNICIPIO DE SINCELEJO procedió al cobro de lo debido pero no obtuvo el pago habida consideración que según el MUNICIPIO no se podía canelar lo debido toda vez que no existía un contrato bajo el que se pudiera legalizar el pago solicitado.

Afirmó la parte actora que el MUNICIPIO DE SINCELEJO obligó a prestar sus servicios en la forma como viene indicado, esto es, sin la existencia de un contrato, habiendo recibido el suministro de bienes y servicios que ocasionaron un enriquecimiento sin causa en favor del ente demandado y en su propio detrimento.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

El Municipio de Sincelejo contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que las soporten.

Frente a los hechos, la entidad manifestó que si bien se recibió cuenta de cobro por unos servicios no les constaba la prestación del servicio de suministro al que se alude en la demanda, como tampoco se aporta documento que refiera la negativa del pago de suministro de bienes por parte de la administración municipal, agregando que las certificaciones del servicio fueron dadas por personas ajenas al municipio de Sincelejo.

En su defensa, argumentó que no estaba acreditado en el expediente que sea un caso de procedencia excepcional de la teoría del enriquecimiento sin causa, como lo decantó la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia

² Fol. 50 a 63.

de unificación de la Sección Tercera sobre la procedencia del enriquecimiento sin causa en las prestaciones ejecutadas sin contrato, dado que no se demuestra que se trató de un constreñimiento o una imposición del municipio de Sincelejo lo que dio lugar a la prestación del servicio y al suministro de los bienes, por los cuales reclama reparación.

Expresó el ente territorial que los oficios anexados a la demanda no prueban la voluntad negocial por parte de la administración y por tanto no pueden ser entendidas como despliegue de coerción ni siquiera propuesta contractual, teniendo en cuenta que en la *actio in rem verso* solo es procedente cuando en aquellos casos donde el hecho cumplido fue originado a partir del ejercicio activo de autoridad de la entidad sobre el particular.

Formuló como excepciones la caducidad de la acción y la que denominó inexistencia de responsabilidad del municipio, porque no existió culpa exclusiva del particular quien negligentemente ejecutó unas prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas que no hubo siquiera relación precontractual, evento en el cual se está eludiendo claramente la aplicación de normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 29 de abril de 2016 negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, señaló que no estaba demostrado el constreñimiento o exigencia por parte del ente demandado y por tanto el caso, no se encuadra en ninguno de los casos excepcionales que indica el Consejo de Estado, para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa, como tampoco están demostrados los elementos del enriquecimiento sin causa.

Argumento el Juez de instancia que no es posible la aplicación de la teoría, puesto que de las cuentas de cobro y sus soportes, así como los testimonios rendidos, era claro que le actora prestó un servicio sin mediar contrato estatal y sin ningún tipo de actos o actuaciones por parte de la administración que implicaran la suscripción de un contrato estatal, siendo que con anterioridad la actora había suscrito contrato de suministro, habiendo

³ Fol. 2026 – 2032 C. N° 8.

participado para ello, en proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada, de modo que era conocedora de la normatividad que en materia de contratación estatal se debe cumplir, razón por la cual, la demandante al ejecutar prestaciones en favor del municipio de Sincelejo, sin la existencia de un vínculo contractual, actuó por su propia cuenta y riesgo.

Señaló el A quo, que la comunicación del 10 de enero de 2013, donde se resalta su espíritu de colaboración, no puede ser tomada como elemento de prueba de constreñimiento o como una solicitud de suministró, frente al oficio de fecha 18 de marzo de 2013, el mismo está dirigido al señor AMAURY PEREZ, pero quien presenta la cuenta de cobro es la señora MARIA CAMILO ZAMBRANO; frente a la cuenta de cobro del 18 de junio de 2013, dijo que no hay certificación de recibo a satisfacción de los refrigerios y comidas que se dice se suministró y los demás alimentos no existe documento que acredite la solicitud de los mismos por parte de la administración, razón por la cual concluyó que el empobrecimiento reclamado ocurrió por circunstancias solo imputables a la conducta de la propia parte actora, violentando normas de la contratación estatal de las cuales tenía conocimiento, por ello, no se puede predicar que se actuó con buena fe objetiva, en la cual no basta solo creer que se actúa conforme a derecho, sino del efectivo y resal comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección propia del contrato estatal.

De igual forma, manifestó que no se estaba en presencia de los casos en los cuales de forma excepcional se permite a ejecución de prestaciones sin contrato, pues no se enmarca lo pretendido en una situación de urgencia manifiesta o que con las mismas se evitó una amenaza o lesión inminente e irreversible del derecho a la salud.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, presentó recurso de apelación solicitando sea revocada y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

El reparo contra la sentencia de primera instancia radica específicamente en que si existió constreñimiento, imposición o exigencia por parte del municipio

⁴ Folios 158-165 cuaderno de primera instancia.

de Sincelejo para lograr el suministro de comidas y refrigerios de parte del Restaurante Las Marías de propiedad de la Demandante, agregando que se debió valorar la conducta procesal del ente, quien no asistió a las audiencias den el trámite del proceso.

Luego de hacer un recuento de los hechos de la demanda y sus pretensiones, estimó que el Juez incurrió en error con el material factico y jurídico porque no valoró el material probatorio bajo los principios de la sana crítica, debido que al tratar de dar una interpretación y aplicación restrictiva como se lo exigía el precedente judicial, valorando las pruebas de forma equivocada e incurro en omisión, no acercándose a la verdad real.

Argumento que que el constreñimiento, la imposición o la exigencia no afloran del contenido de un comunicado, sino que este aflora luego de conjugar una multiplicidad de factores que nos lleva a inferir con base en la sana critica, la lógica de lo razonable, las reglas de la experiencia, la equidad y la justicia, que efectivamente si existió constreñimiento, imposición y/o exigencia por parte de la entidad demandada para que le fueran prestados sus servicios sin que mediara un contrato escrito.

Dijo entonces que la existencia del Contrato de Suministró número SA003-MC-2013 celebrado el 1º de abril de 2013 entre las mismas partes de este proceso, fue usado por el municipio de Sincelejo como catapulta para lanzar las solicitudes de otros suministros que no podían incluirse en aquel contrato que se venía ejecutando de tiempo atrás y que se legalizó en la fecha antes indicada, toda vez que el rubro de ese contrato se había agotado, razón por la que bajo el amparo de un contrato legalizado, del hecho que se venían haciendo pagos parciales y de la promesa de legalizar otro contrato con los suministros que se hicieran sin contrato, logró la Alcaldía de Sincelejo que la Demandante le suministrara las comidas y refrigerios por el valor que aquí se solicita sea compensado, suma esta que no quedó cobijada por el prometido contrato toda vez que después de que obtuvieron los suministros solicitados, el Municipio de Sincelejo se negó a legalizar el contrato y a cancelar el valor adeudado.

Prueba de ello es que una vez ejecutado la prestación por parte de mi poderdante a favor del Municipio de Sincelejo, ella procedió a presentar las respectivas cuentas de cobro con todos sus anexos en regla y que obran en la foliatura, cuentas de cobro sobre las cuales la Alcaldía de Sincelejo nunca se pronunció ni las tacho de falsas en esa instancia, motivo por el que a la Demandante le

correspondió acudir a la Procuraduría Delegadas ante los Juzgados Administrativos de Sincelejo en vía de conciliación prejudicial, actuación está de la que quedaron muy amargos recuerdo toda vez que no se entiende bajo qué argumentos y consideraciones se le manifestó por parte del Municipio de Sincelejo que lo que ella había hecho era una donación a la Alcaldía de Sincelejo, como si la Demandada fuera una casa de beneficencia y la Alcaldía fuera una entidad que necesitara de la bondad y misericordia de los particulares para desarrollar los deberes que le impusieron la Constitución y la Ley.

Afirmó que la parte demandante en el suministro de los refrigerios y alimentos si actuó con buena fe objetiva y fue el abuso de la posición dominante del municipio la que generó la ejecución del servicio cuyo pago se pretende judicialmente, abuso que se materializó a partir de las relaciones contractuales y comerciales que previamente existían entre las partes y que colocó al Municipio de Sincelejo en una posición dominante en relación con la Señora ZAMBRANO SOLANO, quien en una posición de inferioridad en dicha relación, forzada por el pago de los dineros que se le debían con anterioridad a la ejecución del suministro objeto de demanda, no tuvo la posibilidad de tomar una decisión libre y voluntaria para sustraerse a las imposiciones y/o constreñimiento que sutilmente realizó el Municipio de Sincelejo para obtener el suministro de las comidas y refrigerios hoy demandados.

Señaló entonces, que *“Las anteriores herramientas aunadas a los documentos que obran en el expediente, al igual que los testimonios, los hechos de la demanda, la contestación de la demanda, la conducta procesal de las partes y la jurisprudencia del Consejo de Estado nos conducen a afirmar sin ningún lugar a equívocos que en el presente caso el Municipio de Sincelejo prevalido de la existencia de un contrato de suministro que estaba en ejecución y del que se venían realizando abonos, utilizó su posición dominante y en ejercicio de ella abuso de la misma para constreñir a la Señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO para que le suministrara comidas y refrigerios sin que existiera un contrato pero con la promesa de legalizar el mismo, situación que se fue extendiendo en el tiempo y cuando ya le adeudaban a la Señora ZAMBRANO SOLANO la suma que hoy es objeto de esta demanda y ella estaba al borde de la quiebra no le legalizaron el contrato como antes había sucedido pero tampoco le reconocieron el valor de los suministros realizados lo que condujo a la conciliación prejudicial en*

la que el Municipio de Sincelejo sin ningún reato manifestó que lo que había hecho la Señora ZAMBRANO SOLANO era una donación al Municipio y por tal motivo no se llegó a la pretendida conciliación, motivo por el que estamos en este proceso” (sic).

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Auto que admite el recurso de apelación: 22 de julio de 2016 (Fol. 4. C. Apelación).
- Auto de traslado para alegar: 06 de septiembre de 2016(Fol. 12 C. Apelación).
- Recurso de reposición contra auto que ordenó correr traslado por solicitud de pruebas en segunda instancia (folio 18-25 y 35)
- Auto que resuelve recurso de reposición y niega prueba en segunda instancia (folio 48 51).
- Término traslado de alegatos (folio 55)

1.5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte demandante⁵, reitera los argumentos expresados en los alegatos de conclusión de primera instancia y los expuestos en el recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que se encuentra demostrada la responsabilidad del municipio de Sincelejo frente a la reparación del empobrecimiento reclamado.

La Parte Demandada⁶ en esta oportunidad procesal no se pronunció.

El Delegado del **Ministerio Público** ante esta Corporación, manifestó que para resolver el caso en concreto se hacía necesario acudir a la sentencia de unificación de la Sal Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que determinó en decisión del 19 de noviembre de 2012, Radicado No. 24.897 MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, los casos en que era viable el reconocimiento de sumas reclamadas a la administración por la ejecución de obras o prestación de servicios, sin que mediara un contrato estatal, por

⁵ fol. 19 -25 C. Apelación

⁶ fol. 18 a 28 C. Apelación

actio in rem verso por enriquecimiento sin causa, agregando que, revisado el material probatorio no se encontró probado, que la parte actora hubiera actuado persuadido en alguna de las causales anotadas, como son en cumplimiento de la declaración de una urgencia manifiesta, que con su actuación se evitó una amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, y por último, que haya actuado constreñida por la administración.

Advirtió que al revisarse el soporte de las cuentas se encuentra comunicación de "colaboración en el suministro de comidas y refrigerios" suscrito por una funcionaría de la Alcaldía de Sincelejo a la demandante (folio 34- 35), documento que no demuestra un constreñimiento para la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO que la llevara a ejecutar la orden sin que previamente hubiera celebrado contrato con el Municipio. No podemos advertir que la demandante desconociera el procedimiento de contratación con el Estado, puesto que en anteriores oportunidades ya había contratado con el Municipio el suministro de comidas, tal como se aprecia a folios 73 al 77.

Concluyó señalando, que al no haberse probado que la demandante haya actuado en alguna de las circunstancias prevista, se infiere que actuó por su cuenta y riesgo haciéndole el quite al procedimiento de contratación con el estado, que a diferencia con los particulares este es reglado, por lo cual solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los antecedentes reconstruidos muestran que el problema jurídico a resolver por el Tribunal en sede de alzada⁷, estriba en determinar, *¿si se encuentran configurados los requisitos para declarar bajo la teoría del enriquecimiento sin causa, la responsabilidad patrimonial del municipio de Sincelejo por la*

⁷ Considerando igualmente la fijación del litigio realizada en audiencia inicial por el Juez de la Primera Instancia.

prestación y ejecución de un servicio de comidas y refrigerios, sin la suscripción de un contrato estatal?

En aras de resolver el interrogante planteado, se efectuarán unas breves consideraciones sobre: **i)** El enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de las obligaciones; **ii)** El enriquecimiento sin causa su ejercicio a través de la acción de reparación directa, casos de procedencia– Sentencia de Unificación Jurisprudencial, estado actual de la jurisprudencia; **iii)** La contratación del servicio educativo por entidades territoriales certificadas; **iv)** Caso concreto.

2.2.1. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE AUTÓNOMA DE LAS OBLIGACIONES.

El enriquecimiento sin causa, ha sido mirado como un principio general de derecho y como fuente general de las obligaciones. Bajo esta última óptica, se ha señalado que, entre otras causas las obligaciones pueden tener nacimiento directamente de actos jurídicos –v.gr. el contrato o actos unilaterales–, en hechos jurídicos con virtualidad para obligar –v.gr. el ilícito civil–, o en la teoría del enriquecimiento sin causa.⁸ El enriquecimiento sin causa se tiene como un traslado patrimonial que en la misma medida tiene que retrotraerse, es un principio general del derecho resultante de la justicia; cuanto se enriqueció la entidad en esa misma medida se tiene que restituir.

En relación con la fuente de las obligaciones y el enriquecimiento sin justa causa, la doctrina nacional ha puntualizado:

"Se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa. Claro es que tal situación está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con el delito o cuasidelito. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de las que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona. Por

⁸ Artículo 1494 Código Civil.- *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de una misma familia."*

ejemplo, en la accesión de una cosa mueble a otra por adjunción o por mezcla del dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesorio, con la obligación de pagar el valor de esta a su antiguo propietario, y es posible que la accesión se haya verificado a consecuencia de un hecho físico o de un hecho voluntario ejecutado sin culpa ni dolo algunos. Tampoco hay hecho ilícito en la agencia oficiosa, ni de parte del gestor ni de parte del dueño del negocio, y, sin embargo, este puede resultar obligado a indemnizar a aquel por la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa.

"Lo que sí se puede afirmar es que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera."⁹

La Jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del año 2006 ha tenido un amplio desarrollo sobre el tema, así en auto de 30 de marzo de 2006, Exp. 25662, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, se dispuso:

"Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del "enriquecimiento sin causa" parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse - para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca - mediante una causa que se considere ajustada a derecho.

*Con base en lo anterior se advierte que para la configuración del "enriquecimiento sin causa", resulta esencial **no advertir** una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho. De lo hasta aquí explicado se advierten los elementos esenciales que configuran el enriquecimiento sin causa, los cuales hacen referencia a: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones.*

"(...) Sin embargo, aunque en la actualidad los injustos desplazamientos patrimoniales subsisten, y con ello, la necesidad de enmendar situaciones abiertamente injustas; lo cierto del caso es que los actuales niveles de

⁹ Ospina Fernández, Guillermo "Régimen General de las Obligaciones", Ed. Temis, Bogotá, Pág. 42 y 43.

desarrollo y evolución difieren del grado evolutivo que rodeó el origen del "enriquecimiento sin causa", puesto que las relaciones jurídicas han llegado a un grado de regulación y perfeccionamiento, en el que el "enriquecimiento injustificado" ha pasado a ser una situación de rara utilización como medio de administrar justicia. Tan cierto es lo anterior, que la "actio in rem verso" tiene un carácter subsidiario, tal como lo ha previsto la Corte Suprema de Justicia, al anotar que no se debe estar frente a una situación nacida de las tantas relaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico, que tienen formas específicas de resolver sus desequilibrios...

"(...) Y tanto así ha evolucionado nuestra sociedad, que en los casos de contratos celebrados con la administración pública, el ordenamiento jurídico ha previsto la misma protección que tiene cualquier negocio jurídico particular, más las normas específicas que buscan la satisfacción y protección del servicio y patrimonio públicos.

"(...) Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, **se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación**; la Sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del "enriquecimiento sin causa", que el estado evolutivo de las relaciones "jurídicamente relevantes" entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar y remediar estas situaciones, sin acudir a la teoría del "enriquecimiento sin causa".

"En este punto cabe aclarar entonces, que la figura del "enriquecimiento sin causa" es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho."¹⁰

En sentencia del 31 de agosto de 2015, la Sección Tercera Subsección B, al respecto, igualmente señaló:

"Para que el enriquecimiento sin causa sea fuente de obligaciones en el derecho administrativo se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) 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); (ii) 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 (iii) que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 30 de marzo de 2006, ex. 25662, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, posición esta que fue reiterada, en términos morigerados, a través de sentencia de 31 de mayo de 2007, ex. 14669.

sea injusto, es decir, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

Adicionalmente, para que el daño causado por el enriquecimiento sin causa pueda ser reparado judicialmente se requiere que el accionante no cuente con otras vías de acción, pues no es posible alegar la existencia de un enriquecimiento sin causa cuando quien lo padece ha dejado transcurrir la oportunidad para ejercer otras vías de demanda, o cuando pretende evadir los requisitos que deben reunirse para el ejercicio de otro tipo de acciones”¹¹

2.2.2. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA. SUBREGLA JURÍDICA VIGENTE. APLICACIÓN.

Mediante **Sentencia de Unificación Jurisprudencial** del 19 de noviembre de 2012¹², la Sala Plena de la Sección Tercera del H. CONSEJO DE ESTADO, estableció posición en cuanto a la procedencia de la acción de reparación directa como la vía adecuada para ventilar judicialmente las pretensiones relativas al enriquecimiento sin justa causa, así como el carácter excepcional de su procedencia cuando no medie contrato alguno, esto es, prestaciones ejecutadas sin contrato, limitado a tres hipótesis.

Resalta el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la "actio de in rem verso", no pueden ser invocadas para pretender el reconocimiento y pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados, sin la previa celebración de un contrato estatal, esto es, omitiendo el cumplimiento de normas de obligatorio acatamiento.

Así mismo, advierte la citada Corporación que resulta desacertado alegar en estos casos, el principio de buena fe, pues las actuaciones contractuales no deben guiarse por la buena fe subjetiva sino la objetiva; entendiéndose la primera, como el convencimiento íntimo de estar actuando conforme a derecho, mientras que la segunda es la buena fe de quien actúa exteriormente conforme a la norma e implica el cumplimiento de todo lo

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, Expediente: 36416 Radicado No. 5400112331000200600547 01 Actor: ESE Francisco de Paula Santander Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

¹² Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), Actor: MANUEL Ricardo Pérez Posada, Demandado: Municipio de Melgar

expresamente pactado en el contrato, con sujeción a los principios y valores propios del ordenamiento jurídico.

Así, a partir de la unificación jurisprudencial, se ha señalado entonces que los requisitos para que opere el enriquecimiento sin causa, cuando se trate de ejecución de servicios, bienes u otras prestaciones sin contrato estatal, son:

1. Traslado patrimonial en el que tiene que haber dos personas o dos patrimonios;
2. Sujetos: una persona que se empobrece y otra que se enriquece en la misma medida.
3. El enriquecimiento se produce sin una justa causa - título jurídico: tiene que ver con las prestaciones del contrato.
4. Buena fe - objetiva.
5. No se contraría una norma imperativa.

Finalmente, se establece en la sentencia de unificación tres (3) eventos en los cuales excepcionalmente y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio in rem verso* sin que medie contrato alguno:

- a) Cuando la administración haya constreñido o impuesto al particular afectado 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.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud
- c) En los casos 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.

Por su importancia jurídica, es necesario plasmar apartes de la posición adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia en comento:

"12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativo y por lo tanto inmodificable e inderogable por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

Así que entonces, la buena fe objetiva "que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia", es la fundamental y relevante en materia negocial y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo

contractual”, cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.”

Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

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

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

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*
- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*

12.3. *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental.

14. Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción¹³. (Resaltado y subrayas fuera de texto).

La postura jurídica sobre los casos de procedencia ha sido reiterada y consolidada por el CONSEJO DE ESTADO en providencias posteriores, como la proferida el 30 de enero de 2013, en donde se señaló que, ***"la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por***

¹³ Ver auto de 19 de noviembre de 2012, Sección Tercera – Subsección B, Rad. No. 11001-03-26-000-2010-00062- (39495). Consejero Ponente: Danilo Rojas.

finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad¹⁴

Agregándose que, la posición del enriquecimiento sin causa busca conducir a esta teoría a un justo medio, que haga responsable sólo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro. Si existe pura liberalidad, incluso engaño o dolo del particular, entonces éste debe asumir el perjuicio; pero si la entidad pública es quien incita, provoca o en general se dispone a recibir un beneficio –con mayor razón cuando se compromete a legalizar en el inmediato futuro la situación, debe pagar el costo del trabajo que recibe.

Así mismo, el TRIBUNAL SUPREMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en proveído del 13 de febrero de 2013¹⁵, con ponencia del consejero, Mauricio Fajardo Gómez, ratificó la vigencia del cauce adecuado de la teoría del enriquecimiento sin causa, señalándose asimismo que: "el reconocimiento sin causa en el marco del proceso contencioso administrativo no tiene la finalidad de compensar a las partes que deliberada o voluntariamente han actuado por fuera de la legalidad o con violación de las normas contractuales, puesto que en tales eventos lo que se busca solamente es garantizar el equilibrio de las relaciones patrimoniales cuando quiera que un particular estuviere en alguna de las hipótesis señalada anteriormente y por ello realizado unas prestaciones en favor de una entidad pública aun cuando ellas no hubieren tenido soporte contractual..."

Concluye el Alto Tribunal, que la figura es de aplicación restrictiva a los casos señalados en la providencia de Sala Plena, a saber: i) por constreñir al particular a ejecutar o suministrar bienes o servicios en su beneficio; ii) Por adquirir bienes y solicitar servicios con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; y iii) Por omitir la declaración de urgencia manifiesta de obras, servicios y suministro de bienes sin contrato, situaciones estas en las cuales se

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección III, expediente No. Radicación No. 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Demandante: Seguridad Ciudadana Ltda. Demandado: Municipio de Arauca. Ver igualmente auto del 13 de febrero de 2013, expediente No. 25000232600020110058401 (43782). C. P. Enrique Gil Botero. Sección III. Subsección C. Conciliación Prejudicial. Convocante: Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo Laboral Salud IPS. Convocado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección III Subsección A, Radicado No. 250002326000-2000-02011-01(24969). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

compromete la responsabilidad patrimonial del Estado y en donde la reparación del daño está circunscrito al monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental¹⁶.

2.2.3. CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte demandante solicita la declaración de responsabilidad patrimonial del municipio de Sincelejo, bajo al argumento que se ha presentado un enriquecimiento sin causa en favor de dicha entidad y un correlativo empobrecimiento suyo, al prestar un servicio de suministro de alimentos, comidas y refrigerios, sin recibir la contraprestación o remuneración del mismo.

- **Pruebas arrojadas al expediente:**

1. Certificado de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Sincelejo de la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO (folios 13-16), donde consta la inscripción del establecimiento de comercio Restaurante Las Marías.
2. Oficio de fecha 14 de junio de 2013 en el cual se remite cuenta de cobro al señor Alcalde del Municipio de Sincelejo, por parte de la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO, por concepto de suministros de alimentos preparados y refrigerios que fueron entregados en diferentes eventos de las secretarías de la alcaldía de Sincelejo en el año 2012, por valor de \$36.811.000
3. Oficio de fecha 30 de octubre de 2012 firmado por el señor LUIS ORESTE BARACHI VELEZ, Coordinador de Juventudes dirigido a la Secretaria General de la Alcaldía de Sincelejo, en la cual hace saber que recibido del Restaurante las Marías, un total de 480 almuerzos y

¹⁶ Los criterios excepcionales de procedencia de la tesis del enriquecimiento sin causa plasmados por la Sección Tercera en su sentencia de Unificación, se reiteran nuevamente, entre otras, en sentencia del 29 de abril de 2015, RADICACIÓN: 520012331000200100166 01 EXPEDIENTE: 28977 ACTOR: HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE SALUD – FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA Y OTROS REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA – APELACIÓN SENTENCIA. Asimismo, sentencia del 31 de agosto de 2015, Expediente: 36416 Radicado: 5400112331000200600547 01 Actor: ESE Francisco de Paula Santander Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Sentencia del 14 de septiembre de 2016 Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01(45448. Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

- 480 jugos tuti fruti, para el diplomado de Liderazgo y ciudadanía juvenil (folio 23)
4. Oficio del 6 de noviembre de 2012 dirigido al Alcalde del municipio de Sincelejo por parte de Karent Figueroa Pertez, enlace municipal del programa de familias en acción, donde informa que desde el 22 de octubre al 1 de noviembre de 2012 el suministro de refrigerios y almuerzos del restaurante las Marías, detallando 10 mil bolsas de aguas y 2380 jugos. (folio 25).
 5. Oficio de fecha 31 de mayo de 2013 por medio de la cual la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO presenta cuenta de cobro al municipio de Sincelejo, por concepto de suministro de refrigerios en las festividades del dulce nombre de Jesús del año 2013, fiestas del 20 de enero de 2013, por un valor de \$259.277.000 (folio 27 y 28)
 6. Oficio de fecha 18 de marzo de 2013 dirigido al señor AMAURY PEREZ, firmado por el Alcalde del municipio de Sincelejo, sin nota o constancia de recibo, en el cual se solicita el suministro de alimentos a 60 personas durante tres días y medio a partir del 20 de marzo de 2013 (folio 28)
 7. Oficio No. 0167 del 15 de abril de 2013 dirigido al Alcalde del Municipio de Sincelejo por el señor Comandante del Distrito Militar No. 11, en la cual hace constar que recibió de la señora MARIA CAMIÑA ZAMBRANO, 640 comidas durante los días 19 al 22 de marzo de 2013 (folio 30).
 8. Certificación expedida el 23 de enero de 2013 por el departamento de Policía de Sucre, en la cual hace constar que recibieron 11700 comidas y 10800 refrigerios en la fecha comprendida entre el 11 al 19 de enero de 2013, con destino al personal policial que atendió las festividades del 20 de enero. (folio 30)
 9. Oficio de fecha 20 de enero de 2013, dirigido a la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO, en el cual se le solicita colaboración para el suministro de alimentación a 600 agentes de policía durante las festividades del 20 de enero de 2013, firmado por la señora MAIDA HOYOS ARRAZOLA, Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana del municipio de Sincelejo.
 10. Certificación de fecha 13 de febrero de 2013 firmada por el Comandante del Esmad Sincelejo, donde se hace constar que el entre el día 9 de enero al 25 de febrero de 2013 recibió por intermedio del restaurante Las Marías 3867 comidas (folio 36).

11. Copia del contrato estatal de suministro No. SA 003-MC-2013, cuyo objeto es el suministro de comidas preparadas para el personal del ESMAD de la Policía Nacional, suscrito entre el Municipio de Sincelejo y MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO, propietaria del restaurante las Tres Marías, por valor de \$360.932.000, por un plazo de nueve (9) meses sin exceder el 31 de diciembre de 2013, con fecha iniciando a partir de la suscripción del acta de inicio, contrato firmado el 01 de abril de 2013 (folios 73 a 77).
12. Testimonios de los señores, AMAURY ANTONIO PEREZ PARRA, KAREN LUCIA MONTES MEJIA y MARIA DE JESUS ATENCIA BASSA, recepcionados en la audiencia de pruebas celebrada el día 8 de febrero de 2016 (folios 106-109).

- **ANALISIS DE LA SALA**

La actora se duele que en su condición de propietaria del establecimiento de comercio, Restaurante las Marías suministró alimentos, comidas, almuerzos y refrigerios con cargo al municipio de Sincelejo, así: en el año 2012 suministro por valor de \$36.811.000 conforme documento obrante a folio 19, cuenta de cobro, en donde se plasma que el suministro se dio para el despacho del alcalde, coordinación de juventudes, familias en acción.

En el año 2013 afirma, que entregó comidas y refrigerios por valor de \$259.277.000; los cuales señala que fueron entregados durante la celebración de las festividades del dulce nombre de Jesús – festividades del 20 de enero de Sincelejo, correspondiente a la alimentación de la Policía Nacional y al Distrito Militar No. 11.

Claramente está probado que lo reclamado a través del presente medio del control, es el pago de prestaciones (SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN) que fueron ejecutadas sin existir previamente un contrato estatal, tal como lo confiesa la parte actora en los hechos de su demanda y lo reitera a lo largo de toda la actuación procesal.

Tal conclusión también es posible si se revisa el plenario y se advierte que no reposa prueba documental alguna que acredite o sea el soporte de la existencia de contrato estatal alguno durante el año 2012 y los meses de enero, febrero y marzo de 2013, puesto que a folios 73 a 77 obra contrato

estatal de suministro No. SA 003-MC-2013, pero por un plazo de 9 meses firmado el 01 de abril de 2013 y en el cual se señala que el plazo de ejecución no se extiende más allá del 31 de diciembre de 2013, esto es periodo posterior al suministro de alimentos, que en su sentir constituyen el enriquecimiento sin causa en favor del municipio y el empobrecimiento de su patrimonio.

Del acervo probatorio se tiene que si bien en principio podría predicarse la existencia de los presupuestos que por vía jurisprudencial se estiman como indispensables para aludir al enriquecimiento sin causa¹⁷, lo cierto es que para inferir el desequilibrio patrimonial cuya reparación se reclama es imperioso determinar si la demandante fue asaltada en su buena fe, constreñida como lo afirmó en su demanda y recurso o con abuso de posición dominante del municipio de Sincelejo, o si por el contrario actuó por su cuenta y riesgo.

Si bien podría concluirse que la actora suministró los alimentos a la Policía Nacional y al Distrito Militar No. 11 y al Comité de Juventudes, que son los únicos servicios con constancia de suministro a satisfacción, para la Sala no hay dudas que al no mediar contrato estatal se vulneraron las reglas de objetivas que regulan la contratación de las entidades pública sin justificación alguna.

Contrario al argumento presentado por la parte actora, cuando afirma que el municipio de Sincelejo indujo y constriñó a la demandante en un claro abuso de posición dominante, lo cual le generó confianza legítima en el pago de la alimentación suministrada, estima la Sala que ello, no obra en su favor, pues de conformidad con el testimonio del señor AMAURY PEREZ¹⁸, quien expresó ser el esposo de la demandante y administrador del restaurante las Marías y enlace con el municipio de Sincelejo, el suministro de alimentación venía siendo prestado desde hacía dos administraciones anteriores, cubriendo el

¹⁷ En la cita jurisprudencial ya mencionada se indica que deben reunirse los siguientes requisitos:

1º El enriquecimiento de un patrimonio;

2º Un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio;

3º Que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, y

4º Que se carezca de una acción para reclamar dicha reparación patrimonial y en consecuencia resulte procedente la *actio in rem verso*

¹⁸ Audiencia de pruebas CD- minuto 15:08 en adelante.

servicio desde el año 2008, experiencia esta que les imponía una mayor carga y deber de cuidado, como quiera que se tenía claridad de las reglas de contratación y por ende, la necesidad de celebración del contrato estatal para el suministro de los alimentos, pues narra que con anterioridad siempre habían celebrado contrato.

Precisamente por ese conocimiento de las reglas o parámetros bajo los cuales venían prestando realizando el suministro de alimentos al municipio de Sincelejo, la parte actora no puede considerarse asaltada en su buena fe, pues contrario a ello, debió proceder con mayor previsión y cuidado y por tanto previo a ejecutar actividad alguna, debió exigir y existir la celebración del contrato estatal de suministro.

La Sala coincide con el raciocinio del A quo, en el sentido que en el proceso, no se probó que el municipio de Sincelejo, hubiera **solicitado o autorizado** por conducto de su representante Legal, entiéndase Alcalde Municipal, que es quien por mandato constitucional y legal le corresponde la ordenación del gasto y pueda obligar contractualmente al ente territorial bajo las precisas reglas del Estatuto de la Contratación Estatal, el servicio en las condiciones que se dice en la demanda o al menos inducido a la parte actora a ejecutar el suministro para el año 2012 y los meses de enero, febrero y marzo de 2013¹⁹, para considerar que el servicio fue propiciado por constreñimiento o imposición de la entidad territorial.

La sola existencia de contratos en años anteriores no conduce a afirmar que el municipio abusó de una posición dominante, o constituir ello, el asentimiento de la administración para consolidar con el segundo hechos cumplidos, ni que se haya solicitado la prestación del servicio para el año 2012 e inicio del 2013.

Lo anterior se refuerza con la postura asumida por el A quo, y que acoge también esta Corporación, en el entendido que el caso particular no se subsume en las tres excepciones de procedencia de la *actio in rem verso* propuesta por la sentencia de unificación citada en el anterior acápite, dado que:

¹⁹ No se incluye el mes de abril, por cuanto el contrato estatal de suministro No. SA 003-MC-2013, aportado por la propia parte actora obrante a folios 73-77 inicio en abril de 2013 con un plazo de ejecución de 9 meses hasta diciembre 31 de 2013.

1. La parte actora no fue constreñida, forzada, engañada u obligada por el Municipio de Sincelejo para el suministro de alimentos sin contrato, pues si bien los testigos afirman que el servicio se prestó por solicitud del alcalde municipal de Sincelejo, en el expediente no obra prueba alguna que respalde en este punto su dicho, pues de las documentales que fueron aportadas por la propia parte demandante y relacionados en líneas anteriores, de ellas no se deriva imposición alguna de parte del señor Alcalde del municipio de Sincelejo. Imposición que no se puede tomar del Oficio de fecha 10 de enero de 2013, pues de el, solo se extrae una solicitud de colaboración, de la cual, la parte actora, bien pudo en ejercicio de su libre autonomía bien pudo abstenerse de acceder, puesto que tenía conocimiento de la necesidad de la celebración de un contrato estatal para garantizar no solo la prestación del servicio sino la debida contraprestación, dado la relación contractual que databa desde el año 2008.
2. Como quiera que el asunto no recae sobre el derecho a la salud, no es posible inferir que exista un enriquecimiento sin causa en esta arista de los derechos fundamentales, por lo que de tajo se descarta el cumplimiento de este supuesto.
3. Por último, la prestación ejecutada sin contrato por parte de la demandante no se da en la esfera de declaratoria de urgencia manifiesta, por lo que también se descarta de plano esta exigencia en el caso de marras.

Sobre la confianza legítima, el H. Consejo de Estado ha señalado en sentencia del 2 de mayo de 2016 que²⁰:

“La confianza legítima ha sido definida por el Consejo de Estado en los siguientes términos²¹:

En virtud del principio de buena fe, surge también la llamada confianza legítima, que exige que el Estado respete las normas y los reglamentos previamente establecidos, de modo que los particulares tengan certeza frente a los trámites o procedimientos que deben agotar cuando acuden a la

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente: 35967 Radicación: 250002326000200402047 01. C. P. Danilo Rojas B.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de febrero de 2015, Exp: 2014-1114, actor: Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

administración. El principio de confianza legítima exige cierta estabilidad o convicción frente a las decisiones de la administración, por cuanto el ciudadano tiene derecho a actuar en el marco de reglas estables y previsibles. No obstante, eso no implica la inmutabilidad o intangibilidad de las relaciones jurídicas entre los particulares y la administración, pues, de todos modos, la administración puede justificadamente cambiar las decisiones o reglamentos que adopta cuando, por ejemplo, advierte que la actuación del particular es contraria al ordenamiento jurídico... Entonces, en consideración al principio de confianza legítima, las autoridades deben ser coherentes en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas o reconocidas, sin que eso limite las facultades que tiene la administración para modificar justificadamente sus decisiones. Empero, la confianza legítima tampoco ampara las situaciones irregulares o ilegales, por cuanto en esos casos el Estado conserva la potestad de revisar las actuaciones, al punto que puede modificarlas y afectar el derecho adquirido de manera irregular, esto es, en contra del ordenamiento jurídico.

27. Entendido el principio de confianza legítima como aquel que protege situaciones aun no concretadas pero que están en tránsito de hacerlo por la existencia de ciertas condiciones que indican la posibilidad inequívoca de abandonar la esfera de las meras expectativas para alcanzar la de los derechos adquiridos, es importante explorar bajo qué criterios se entiende vulnerado este principio. Al respecto esta Corporación ha indicado²²:

Es menester establecer cuándo el Estado-legislador crea expectativas legítimas y estados de confianza - situaciones jurídicamente protegidas (dispositivo amplificador del espectro de la responsabilidad estatal)- y las defrauda -razones de imputación-, evento en el cual las víctimas pueden reclamar en reparación directa. Según la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se originan las siguientes condiciones: (...) Primero. La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos. Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al arbitrio de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 31 de agosto de 2015, Exp: 22 637, actor: TV 13 Ltda. y otros, C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero

(...) Segundo. La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza, en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serlo previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo. (...) Tercero. El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. Una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado asumió determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. (...)"

Acorde con lo anterior, la celebración de contratos en años anteriores no puede conducir a señalar que se indujo a la prestación del servicio porque se celebraría un nuevo contrato, puesto que la escogencia de los contratistas de la administración, no opera de manera automática, no constituye un derecho adquirido o expectativa legítima, puesto que se requiere de la puesta en marcha del proceso contractual conforme la Ley de contratación estatal, en ese sentido no se puede señalar que la administración haya venido en contra de su propio acto, o en contra de la palabra dada, una de las características de la teoría de la confianza legítima.

Tampoco se puede rotular que se haya creado con los contratos de años anteriores, un derecho aparente en cabeza del hoy demandante con los cuales se indujo al suministro de alimentos sin contrato previo una de las razones sobre la cual funda igualmente su recurso de apelación la parte actora para señalar que el suministro del año 2012 y parte del 2013, sin contrato fue una imposición o constreñimiento del Departamento de Sucre, pues es precisamente lo contrario, la celebración de contratos en años anteriores, le indicaban claramente como se debía proceder antes de realizar o prestar el suministro de alimentos.

En ese orden de ideas, para esta Sala de Decisión no se encuentra demostrado en el expediente de manera objetiva y clara, constreñimiento ni imposición alguna por parte del municipio de Sincelejo ni mucho menos el carácter urgente y estrictamente necesario del suministro de alimentos, ya que si bien es cierto, existieron entre las mismas partes hoy en contienda,

contratos debidamente celebrados con el mismo objeto durante años anteriores, tal circunstancia no se erigía como razón suficiente para sustentar el hecho de ejecutar el servicio del caso de marras sin previamente haber suscrito un contrato estatal con el lleno de los requisitos y las solemnidades que impone el ordenamiento jurídico.

La revisión de las declaraciones de los señores KAREN LUCIA MONTES MEJIA y MARIA DE JESUS ATENCIA BASSA, recibidas en audiencia de prueba por el a quo, solo permiten extraer de ellas, que la señora MARIA CAMILA ZAMBRANO SOLANO suministraba alimentos en su restaurante las Marías, pero en manera alguna, dan pie para concluir que la ejecución del servicio o el suministro sin contrato obedezca a una imposición, constreñimiento o autorización dada por el Municipio de Sincelejo, a través de su representante legal y constitucional.

De otro lado, no advierte prueba de la afirmación traída en el recurso de apelación relativa a las falsas promesas de celebración de contrato para que realizaran el suministro de alimentos sin contrato, puesto que las declaraciones vertidas en el proceso, si bien alguna de ellas, caso del señor Amaury Pérez, menciona que se reunió con el Alcalde del Municipio de Sincelejo, no precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó dicha reunión, razón por la cual, su solo dicho, no genera certeza frente a este aspecto.

Del análisis anterior, no se aprecia una decisión que sea caprichosa o arbitraria, todo lo contrario, está fundada en la prueba regular y oportunamente incorporada al proceso cuya argumentación probatoria es acorde con los medios incorporados para confirmar las afirmaciones de la demanda, no advirtiéndose que el juicio valorativo sea contraevidente frente a lo probado, conclusión que no varía por el hecho que la parte demandada no haya asistido a la audiencia de pruebas ni presentado alegatos, considerando la Sala que de dicha conducta procesal, no se puede construir vía indiciaria el constreñimiento alegado, como tampoco se pueden dar por ciertos los hechos de la demanda.

Así las cosas, no hay prueba de imposición constreñimiento endilgado al municipio de Sincelejo a través de su representante legal, lo que permite colegir que el suministro de alimentos en los periodos aquí demandados, fue

realizado sin contrato estatal, teniendo conocimiento la parte actora de la obligatoriedad del mismo, pues como se vio en años anteriores los había celebrado, por tanto, tal como lo afirmó el a quo, se actuó de manera discrecional por cuenta y riesgo de la demandante, con violación de las normas objetivas que regulan la contratación estatal, circunstancia imputable al querer, a la propia conducta y voluntad de la parte actora, lo que lleva a que esté llamada a soportar la disminución patrimonial.

Lo expuesto, da lugar a señalar que en el sub examine no se configuraron plenamente ninguno de los supuestos contenidos en los literal a, b y c del numeral 12.2 de la sentencia de unificación del H. CONSEJO DE ESTADO aludida en los considerandos antecedentes, por lo que hay lugar, a confirmar la sentencia de primera instancia.

CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A. debe interpretarse en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto.

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA.*
- b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

- c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."*

En ese orden y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., y por la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte recurrente al pago de las costas correspondientes a esta instancia, las cuales serán liquidadas por el Juez de Primera instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el el 29 de abril de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la entidad demandada. En firme esta providencia, por el A quo, realícese la liquidación correspondiente.

TERCERO: Ejecutoriada este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 87.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA