



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control:	Reparación Directa
Expediente:	110013336038201900373-00
Demandante:	Consorcio Empresarial VEB
Demandado:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Asunto:	Sentencia primera instancia

El Despacho, tras verificar que no se configura ninguna causal de nulidad procesal, procede a dictar sentencia en el asunto de la referencia.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que la **NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** se enriqueció injustamente en detrimento del patrimonio del **CONSORCIO EMPRESARIAL VEB**, por los servicios de transporte público terrestre automotor especial que este le prestó a aquél durante el mes de diciembre de 2016, por valor de \$133.654.782.00 M/Cte.

1.2.- Se condene a la **NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** a reconocer y pagar al **CONSORCIO EMPRESARIAL VEB** la cantidad de dinero mencionada anteriormente.

1.3.- Se disponga la indexación de la suma anterior, así como el pago de intereses moratorios desde el 17 de enero de 2017 y hasta que se produzca el pago, de conformidad con el artículo 884 del C. de Co.

1.4.- Se condene en costas a la demandada.

2.- Fundamentos de hecho

El relato fáctico de la demanda se resume de la siguiente forma:

2.1.- El 28 de diciembre de 2015 se firmó el Contrato de Prestación de Servicios No. 1668 de 2015, entre el ICBF (contratante) y el Consorcio Empresarial VEB (contratista), para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial a nivel nacional – Macro-Región No. 1. Se fijó como valor la cantidad de \$19.412.772.459.00, por los años 2015 a 2018, para el año 2016 se asignó la cantidad de \$7.567.108.668.00.

2.2.- El Acta de inicio se firmó el 29 de diciembre de 2015. Luego, se firmó el Modificadorio No. 1 (sin fecha). El 26 de diciembre de 2016, se suscribió el Modificadorio No. 2 y el Adicional No. 1, por lo que se adicionó al contrato la suma de \$148.582.714.00.

2.3.- El 4 de julio de 2017 se firmó el Modificadorio No. 3, por lo que se adicionó la cantidad de \$580.881.384.00.

2.4.- En vista de que el presupuesto asignado no iba a alcanzar para atender las necesidades del ICBF del mes de diciembre de 2016, los funcionarios a cargo de la operación y supervisión del contrato, “sin la participación de mi procurador, **impulsaron** al **CONSORCIO EMPRESARIAL VEB** a prestar la totalidad de los servicios que requería el Instituto porque, según lo manifestaron en reunión de seguimiento, los funcionarios del ICBF, el servicio no se podía parar, porque se produciría un colapso en el desarrollo de las actividades que esa Entidad

tiene a su cargo, las cuales son muy sensibles para la sociedad colombiana, como lo son la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias. Los funcionarios aseguraron en esa reunión que se estaba adelantando el trámite de la adición y que, por lo tanto, eso estaba asegurado, estando pendiente solo aspectos formales.”¹

2.5.- El 4 de noviembre de 2016, la auxiliar contable de la demandante remitió un correo electrónico al Grupo de Apoyo Logístico del ICBF – Sede de la Dirección General, con el que hizo saber el estado de ejecución del presupuesto asignado a la Macro – Región No. 1 para el 2016, y solicitó una adición por la suma de \$345.229.138.00, para cubrir los servicios hasta diciembre de ese año, según una proyecto de servicios facturados durante el año. El 5 de diciembre de 2016, la demandante remitió otro correo electrónico en el mismo sentido.

2.6.- El 6 de diciembre de 2016, a través de correo electrónico remitido por el Grupo de Apoyo Logístico del ICBF al Consorcio Empresarial VEB, se hizo saber que el comité de contratación aprobó la adición del Contrato No. 1668 por valor de \$300.000.000.00, por lo que la demandante continuó prestando el servicio, sin embargo, la adición solo se aprobó por la cantidad de \$148.582.714. Agrega que el señor Raúl López Jaraba del Grupo de Apoyo Logístico del ICBF le indicó a la actora que *“Le estaré en los próximos días diciendo los pasos a seguir para proceder al trámite de la adición. Referente al pago de diciembre, se pagará del 1-31 como todos los meses y se estará tramitando enero de 2017 una vez sean recibidas las certificaciones por parte de la Regionales.”*

2.7.- El mismo día, la actora remitió correo electrónico al doctor Fabián Elías Paternina Martínez del ICBF, anexando cuadro de la Magro Región 1 a la fecha, para su verificación, que incluía el mes de diciembre de 2016, en el que se advertía una diferencia aproximada de \$340.320.000.00, correspondiente al valor de la adición.

2.8.- A 30 de noviembre de 2016 quedaba un saldo disponible de \$392.120.659.00, pero los servicios prestados durante el mes de diciembre de ese año ascendieron a la suma de \$674.358.155.00. Por ello, el consorcio demandante el 17 de enero de 2017 radicó la Factura No. 039 por los servicios prestados en diciembre de 2016, por valor de \$540.703.373.00, soportada en las certificaciones emitidas por cada una de las regionales del ICBF, las que indican que el servicio se prestó durante todo el mes, con un saldo por pagar de \$133.654.782.00.

3.- Fundamentos de derecho

En este acápite la demanda cita apartes de la sentencia de unificación proferida el 19 de noviembre de 201 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 24897, para luego sostener que en el *sub lite* se configura el criterio del literal a), puesto que el ICBF *“sin participación del Consorcio..., fue la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium impulsó al contratista particular a la ejecución de prestación, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo, bajo el compromiso que iba a aprobar la totalidad de la adición presupuestal que se requería, lo que a la postre no resultó abarcar todos los servicios que se le ordenó al contratista que realizara.”* (Negrillas del original).

Posteriormente, se ocupó de relacionar los diferentes medios de prueba que acreditan la prestación del servicio durante el mes de diciembre de 2016, que estaban por fuera de la adición presupuestal y por ello no fueron cancelados, así como las pruebas que indican que fue el ICBF quien impuso la continuidad en la prestación del servicio. Además, adujo que en este caso debe operar la figura del enriquecimiento injustificado porque *“el servicio no podía pararse porque, de ocurrir ello, se verían gravemente afectadas las actividades misionales del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, las cuales son muy sensibles para la sociedad colombiana, como lo son la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias, en especial a aquellas en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos.”*

Insistió, además, en que en esta oportunidad el ICBF constriñó a su contratista y que:

“Aquí no se trata de que la adición haya salido por menor valor, sino del hecho de que BIENESTAR FAMILIAR le dijo al CONTRATISTA que prestara esos servicios,

¹ Todas las transcripciones que aparecen en esta providencia están hechas al pie de la letra, sin omitir errores ortográficos, gramaticales o de cualquier índole.

porque iba a salir la adición presupuestal por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$345.229.138), con lo que se cubriría el valor total que el ICBF había proyectado para los servicios de transporte del mes de diciembre de 2016.

Su Señoría, ya se había cruzado correos entre entidad estatal contratante y contratista sobre los servicios que se prestarían en el mes de diciembre de 2016, pero para cubrirlos se requería una adición presupuestal por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$345.229.138).

La Entidad le dijo al contratista que prestara esos servicios que la adición no iba a tener ningún problema. El contratista prestó todos los servicios proyectados del mes de diciembre de 2016, porque la Entidad lo ordenó porque no podía pararse el transporte sin que se vieran afectadas las actividades misionales de esa Entidad.

Hay que tener en cuenta que el ICBF se encontraba en una situación de poder, autoridad o imperium frente al contratista. Pero aún más, la Entidad no sólo impulsó al contratista a ejecutar los servicios proyectados del mes de diciembre de 2016, sino que lo hizo engañándolo, toda vez que le aseguró que la adición saldría por el valor total por lo que no habría problema en el pago.

Hay una circunstancia adicional que era la no terminación del contrato, pues este iba hasta el año 2018, lo que significa que el ICBF tenía una posición de autoridad frente al contratista en ese momento.”

II.- CONTESTACION

El mandatario judicial designado por el ICBF dio respuesta oportuna a la demanda, señalando que unos hechos son ciertos, mientras que otros no. En especial sostuvo que es solo el supervisor del contrato quien debe informar a la administración el estado de ejecución del mismo, por lo que al contratista no le compete solicitar la adición del contrato, sino al supervisor, el que debe solicitárselo al ordenador del gasto, conforme a las reglas de la Ley 80 de 1993.

Luego de citar la sentencia de unificación de marras, el apoderado de la demandada indicó que sí existió un cruce de comunicaciones entre una empleada de la demandante y un funcionario del ICBF, pero que allí se aprecia que quien presionó la adición del contrato fue el Consorcio actor. Agrega que la parte actora “*pretende engañar a la administración de justicia*” al afirmar que continuó prestando los servicios porque así se lo indicó el funcionario Raúl López Jaraba, asignado al Grupo de Apoyo Logístico del ICBF, quien reportó que el Comité de Contratación había aprobado la adición al Contrato No. 1668 de 2015, por valor de \$300.000.000.00, adición que a la postre solo se aprobó por \$148.582.714.00; sin embargo, de ello no puede derivarse ningún constreñimiento, pues de lo que se trató fue de una mera expectativa, en pocas palabras no hay prueba de constreñimiento alguno.

Enseguida citó los documentos anexados por la parte actora para demostrar el supuesto constreñimiento ejercido por la administración, y precisó que el servicio sí se prestó, pero que “*el punto central del problema radica en las condiciones en que ese servicio se le prestó al ICBF.*”, frente a lo cual sostuvo que en este caso no se configura ninguno de los supuestos contemplados en el fallo de unificación en cita, ya que no existe ningún documento procedente del ordenador del gasto del que se pueda desprender algún tipo de constreñimiento, como tampoco se cuenta con una buena fe objetiva de parte del contratista demandante.

Tras tomar algunos extractos jurisprudenciales sobre la materia, el mandatario judicial sostuvo “*que lo que aquí está realmente en juego es parte de los recursos que pertenecen al sistema de bienestar social del país, plata de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en extremas situaciones de riesgo.*”, por lo que un fallo en contra de lo anterior desconocería la prevalencia de los derechos de los niños.

En el mismo documento se propusieron las siguientes excepciones:

1.- Falta de legitimación en la causa material por activa para el medio de control de reparación directa: El apoderado, con base en lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la

sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, expedida por el Consejo de Estado en el expediente No. 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933), sostuvo que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para presentar propuestas y celebrar contratos, así como para concurrir ante esta jurisdicción en asuntos relacionados con los mismos, pero limitados a los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho o de controversias contractuales, lo que impide que puedan presentarse ante esta jurisdicción para el reclamo de hechos cumplidos, lo que surte en el contexto del medio de control de reparación directa.

2.- El demandante no probó el constreñimiento o imposición de la entidad para la prestación del servicio de transporte por fuera del Contrato 1668 de 2015: Reitera que la parte actora pretende encajar este asunto en la jurisprudencia de la Sección Tercera de la *actio in rem verso*, y para ello vuelve sobre planteamientos ya resumidos en estas providencias, relativos a que si bien existió un cruce de correos entre las partes, de ninguno de ellos se vislumbra que el ICBF haya constreñido a la parte actora a que siguiera prestando el servicio de transporte durante el mes de diciembre de 2016.

3.- El demandante no probó el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones: Se fundamenta únicamente en la mención del artículo 1524 del C.C., según el cual no puede haber obligación sin causal real y lícita, y en la transcripción de buena parte del fallo de unificación ya mencionado.

4.- Cobro de lo no debido: Sostiene el togado que “no habiendo una causa real y lícita en la obligación, no hay lugar a prestaciones de orden económico.”. Agrega que el servicio sí se prestó, pero no en las condiciones previstas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado para poderlo calificar como un hecho cumplido.

5.- Durante el desarrollo del contrato el ICBF actuó de conformidad con la buena fe objetiva y subjetiva: Aparte de la transcripción de una sentencia del Consejo de Estado solo se dice que “*Todo lo aquí expresado parte del estricto cumplimiento en materia contractual del principio de la buena fe objetiva, que debe entenderse en contraposición de la buena fe subjetiva.*”.

6.- El demandante actuó con temeridad o mala fe: Con sustento en el artículo 79.1 del CGP, sostiene el mandatario judicial que la demanda carece de fundamentos legales y los hechos alegados son contrarios a la realidad, dado que la parte actora prestó un servicio sin haber sido autorizado por la entidad, lo que pone en riesgo recursos públicos destinados a la protección de la niñez; agrega que no está demostrado el constreñimiento alegado por la parte actora, ni el enriquecimiento sin causa. Por último, informa que el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes fue improbadado por el Juzgado 59 Administrativo de Bogotá, con auto de 29 de junio de 2018, dictado en el expediente 2017-00331, dado que no estaban reunidos los presupuestos previstos en la jurisprudencia para tal fin, providencia frente a la cual se planteó recurso de reposición que fue desestimado con providencia de 16 de agosto de 2019.

7.- El supervisor del contrato no puede autorizar prestación de servicios de transporte, sus funciones, deberes y facultades están taxativamente señaladas en la Ley 1474 de 2011: Con apoyo en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 dice el apoderado que los supervisores “*solo están facultados para **solicitar informes, aclaraciones y explicaciones** frente al contrato que vigilan, pero **no para autorizar contrataciones** de ninguna índole, y mucho menos por fuera del marco contractual, toda vez que, dicha facultad solo está en cabeza del representante legal de la entidad o en quien este delegue.*” (El original con negrillas). De igual forma, sostiene el mandatario judicial que la facultad de ordenación del gasto quedó en cabeza del secretario general de la entidad, por lo que no es viable que el supervisor del contrato de marras haya autorizado la contratación de unos servicios adicionales.

El mandatario judicial de la parte actora recorrió el traslado con escrito radicado el 18 de septiembre.

III.- TRAMITE DE INSTANCIA

La demanda se repartió a este juzgado el 6 de diciembre de 2019 y se admitió con auto de 2 de marzo de 2020, providencia en la que se dispuso la notificación personal del ICBF. Esta entidad contestó la demanda el 15 de septiembre de 2020, escrito con el cual

formuló excepciones de mérito, frente a las cuales se pronunció la parte actora con documento presentado el 18 de septiembre de 2020.

El 18 de agosto de 2021 se dictó auto con el que se fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se surtió el 19 de octubre de 2021, agotándose todas y cada una de sus etapas, de modo que al cabo de la misma se programó la audiencia de pruebas. Esta diligencia se adelantó el 3 de marzo de 2022, dentro de la cual se realizó la contradicción del dictamen pericial aportado por la parte actora y rendido por la contadora pública LAURA MARCELA BONZA SUÁREZ; adicionalmente, se recibió la declaración de JOSÉ FABIO CONTRERAS NARANJO, FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ y ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ ROSERO; por último, allí mismo se dictó auto que declaró finalizada la etapa probatoria y dio traslado para alegar por escrito por el término de 10 días.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la **parte demandada**, con documento radicado el 9 de marzo de 2022, presentó sus alegatos de conclusión. Señaló que conforme a los artículos 10 y 102 del CPACA existe el deber legal de acatar las sentencias de unificación jurisprudencial y que conforme al artículo 1524 del C.C., no puede existir obligación sin causa real y lícita. Se concentró luego en la sentencia de unificación proferida el 19 de noviembre de 2012 (Exp. 24887) por el Consejo de Estado sobre el tema de los *hechos cumplidos*, para enseguida afirmar que no es cierto que la entidad haya obligado al contratista a cumplir con obligaciones por fuera de la vigencia del contrato y que, por el contrario, fue el contratista quien solicitó la adición del contrato en la suma de \$342.229.138.00, sin que el supuesto constreñimiento pueda edificarse a partir de lo que haya manifestado el funcionario Raúl López Jaraba del Grupo de Apoyo Logístico del ICBF.

Agrega que ninguno de los documentos aducidos por la parte actora da cuenta de un constreñimiento en contra del contratista, solo acreditan la prestación del servicio, tampoco existe ninguna prueba que indique que el ordenador del gasto impartió tal orden, a lo que se suma que el contratista no actuó con buena fe. En lo demás, el documento hace citas jurisprudenciales y esgrime planteamientos ya efectuados en la contestación, por lo que resulta innecesario volverlos a resumir.

El mandatario judicial designado por la **parte demandante**, con documento presentado el 16 de marzo de 2022, expuso sus alegatos de conclusión. Reiteró los hechos que considera relevantes y esgrimió las razones que en su opinión hacen procedente lo pretendido, argumentos que se apoyan en el mencionado fallo de unificación jurisprudencial emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado y en que la administración en el *sub lite* sí le impuso al contratista “la ejecución de prestaciones por encima del valor presupuestado en el mes de diciembre de 2016.”.

Aduce que el ICBF le ordenaba al contratista los vehículos que debía poner a su disposición, de modo que si se negaba estaría incurriendo en incumplimiento contractual y por ello, recibiría sanciones contractuales, lo que el togado respalda en lo acordado en el literal a) numeral 2 de la cláusula 2ª del Contrato 1668 de 2015, así como en el numeral 41 de la misma cláusula, entre otras. Esto, dice el apoderado, tipifica el constreñimiento al que fue sometido el contratista.

En adelante el documento individualiza los medios de prueba documental con los que se acredita la prestación de los servicios de transporte durante el mes de diciembre de 2016, así como los servicios prestados que quedaron por fuera de la adición presupuestal y que fue el ICBF quien con su autoridad constriñó al contratista a prestar los servicios cuyo pago se reclama. Se afirma, además, que “los dineros adicionados para el mes de diciembre de 2016 no fueron suficientes para cubrir todos los servicios ordenados por el ICBF. De esa forma, no todos los servicios ordenados quedaron cubiertos con la reserva presupuestal de la adición Nro. 1.”.

Más adelante, tras reiterar el constreñimiento alegado, indica el mandatario judicial que “la obligación de tramitar en tiempo la adición era única y exclusivamente de la entidad estatal contratante, quien no solo le hizo creer al contratista que la adición saldría por la totalidad de los servicios prestados, sino que también incurrió en el desafuero de aprobar una cifra inferior.”. Esta conducta la califica como una maniobra enderezada a “impulsar y compeler al contratista

a prestar los servicios”. Amparado en la prueba testimonial recabada dice el apoderado que el ICBF “generó confianza legítima en el contratista” porque ya el grupo de apoyo le había indicado que la adición presupuestal se había aprobado por la totalidad de los servicios prestados durante el mes de diciembre de 2016, a lo que se suma la posición de autoridad que conservaba el ICBF porque el contrato seguía vigente hasta el año 2018. De igual modo, sostiene que la adición efectuada en el pasado no fue por vehículos sino por días “con lo cual se cambió lo que se le había dicho al contratista, es decir, que los servicios que prestara el mes de diciembre de 2016 iban a quedar cubiertos con la adición, lo que, claramente, no ocurrió.”.

Por último, el mandatario judicial se apoya en una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que aborda las implicaciones que para el contratista puede tener el que la administración no haga el registro presupuestal, para afirmar que “la responsabilidad de que no haya salido la adición presupuestal por la totalidad de los servicios prestados es única y exclusiva de la entidad”. Cierra su intervención el togado pidiendo que se acojan las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 1, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Cuestión previa

El vocero judicial del ICBF planteó la excepción denominada “Falta de legitimación en la causa material por activa para el medio de control de reparación directa” basado en que, si bien es cierto que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para presentar propuestas y celebrar contratos y, por ello concurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, únicamente lo pueden hacer a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento el derecho o de controversias contractuales, por lo que al tratarse este asunto de una reparación directa a la parte demandante le falta legitimación en la causa material.

La discusión se zanja acudiendo directamente a la sentencia de unificación aludida por la demandada, la que corresponde al fallo expedido el 25 de septiembre de 2013 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933), Actor: Consorcio Glonmarex, Demandado: Consejo Superior de la Judicatura y otros, providencia en la que el criterio unificador se fijó en los siguientes términos:

“PRIMERO: UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad procesal que legalmente les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos –en condición de partes, terceros interesados o litisconsortes– en los procesos judiciales en los cuales se debatan asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales.”

El Despacho observa que la sentencia de unificación jurisprudencial, con absoluta claridad, determinó que los consorcios y uniones temporales cuentan con capacidad para comparecer a los procesos a cargo de esta jurisdicción en los que se ventilen temas “relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales.”, lo que debe interpretarse como que la capacidad procesal se deriva, en primer lugar, de la conformación de un consorcio o de una unión temporal y, en segundo lugar, de la naturaleza jurídica del asunto en discusión, esto es, que el conflicto jurídico suscitado entre las partes haya nacido en el marco de una relación contractual con una entidad pública.

No es correcto afirmar que la capacidad procesal a la que alude el fallo de unificación jurisprudencial surge tan solo para los conflictos jurídicos que puedan asumirse por esta jurisdicción bajo los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y

de controversias contractuales, postura quizás concebida porque el fallo de unificación se profirió en el marco de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y no es lo correcto, en opinión de este juzgado, puesto que tal interpretación vulneraría el derecho a la igualdad, dado que en casos como este, nacidos claramente durante la ejecución de un contrato estatal, se impondría a esas formas asociativas contractuales una limitación que no tendrían las mismas formas asociativas contractuales que acudieran a esta jurisdicción para ventilar asuntos a canalizarse por los medios de control de controversias contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, máxime cuando está más que demostrado que el medio de control de reparación directa también ha servido para impartir justicia en discusiones jurídicas surgidas en el marco de una relación contractual con el Estado, pero que por razón de las circunstancias cayeron en el terreno de los denominados “*hechos cumplidos*”.

Adicionalmente, si el legislador facultó al Consejo de Estado para expedir sentencias de unificación jurisprudencial, providencias que en la práctica crean subreglas jurídicas con fuerza vinculante tanto para los operadores judiciales como para los demás actores jurídicos del sistema, debe entenderse que también le extendió la prerrogativa inherente a toda norma jurídica como fuente material de derecho, consistente en que donde la norma jurídica no distingue al intérprete no le es permitido hacerlo, motivo por el cual la regla plasmada en el mencionado fallo no puede ser limitada, tal como lo propone el excepcionante, a través de una interpretación; todo lo contrario, bajo el principio *pro actione* debe dársele a dicha regla una eficacia jurídica mayor, de suerte que sirva para que los consorcios y uniones temporales puedan actuar procesalmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con mayor libertad, sin consideración al medio de control que se emplee, siempre y cuando el debate jurídico gire alrededor de “*asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales.*”.

En este orden de ideas, la improsperidad de la excepción es el único camino a seguir, debido a que la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consiguiente reparación del daño claramente se dan en el marco de la ejecución del Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015, firmado entre el ICBF como contratante y el CONSORCIO EMPRESARIAL VEB como contratista, lo que habilita al último para acudir al medio de control de reparación directa.

3.- Problema jurídico

En la audiencia inicial realizada el 19 de octubre de 2021, la fijación del litigio se hizo de la siguiente manera:

“El litigio se circunscribe a determinar si el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF**, se enriqueció injustamente, al tiempo que el **Consorcio Empresarial VEB** se empobreció sin justificación alguna, con ocasión de la prestación del servicio de transporte público, terrestre automotor, que el último le prestó al primero, en el mes de diciembre de 2016, supuestamente derivados de la ejecución del Contrato No. 1668 de 2015, daño estimado en la cantidad de \$133.654.728.00.”

4.- Enriquecimiento sin causa

La teoría del enriquecimiento sin causa parte de la concepción de justicia como fundamento de las relaciones reguladas por el derecho, bajo la cual no se concibe un atraso patrimonial entre dos o más personas sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por tanto, el equilibrio económico existente en una determinada relación jurídica debe afectarse para que una persona se enriquezca y otra se empobrezca mediante una razón que se considere ajustada a derecho². El Consejo de Estado, en sentencia de 26 de mayo de 2493-2013 dijo:

“La esencia del enriquecimiento injusto radica en el desplazamiento de riqueza dentro de la acepción más amplia del concepto a otro patrimonio sin

² Consejo de Estado, Sentencia del 30 de marzo de 2006 Exp. 25000232600019990196801 Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

que medie causa jurídica, de manera que se experimenta el acrecentamiento de un patrimonio a costa del menoscabo de otro, aun cuando en términos monetarios no siempre sea reflejado...”³

Puede decirse que hay enriquecimiento sin justa causa cuando se presenta: i) un aumento patrimonial a favor de una persona, ii) una disminución patrimonial en contra de otra, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones.

5.- Actio In Rem Verso – presupuestos.

Teniendo en cuenta que se hace referencia al enriquecimiento sin causa a la *actio in rem verso*, y que en ocasiones se consideran la misma acepción, la doctrina diferencia tales conceptos de manera que, el primero es un principio general del derecho que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada, mientras que el segundo es la figura procesal por medio de la cual se intenta la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio general⁴.

La *actio in rem verso* ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquella que debe interponerse para obtener el restablecimiento de la situación que ha sido alterada por un enriquecimiento sin justa causa, y que ostenta, por un lado, la característica de ser un mecanismo procesal subsidiario que solo es procedente si el interesado no cuenta con otras vías de acción; y por el otro, cuenta con la cualidad de ser compensatoria –no resarcitoria-, en la medida en que con ella no se busca la indemnización de perjuicios, sino el restablecimiento de un acrecimiento patrimonial injustificado⁵.

En relación con el carácter subsidiario de la *actio in rem verso*, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido enfática en precisar que su procedibilidad está condicionada a que el interesado no cuente con otra vía de defensa judicial, de tal forma que solo el enriquecimiento carente de causa, y correlativo al empobrecimiento del demandante, da lugar al ejercicio de la referida acción. En ese orden, no le es dable al interesado utilizar la acción de enriquecimiento sin justa causa cuando ha dejado transcurrir la oportunidad para ejercer otras vías judiciales, o para evadir los requisitos que deben reunirse para el ejercicio de otros tipos de acciones⁶.

Ahora, en sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado, determinó los casos en los que procede la reparación por vía de la

³ Consejo de estado, Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp. No. 25000-23-26-000-2003-00616-01 (29402) C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez.

⁴ Gil Botero- Responsabilidad Extracontractual del Estado”, quinta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá 2011

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación n.º 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), actor: Droguería Santa Fe de Arauca, demandado: Instituto de Seguros Sociales –ISS-. En otras providencias, la Sala ha destacado, además de los rasgos antes aludidos, el carácter objetivo de las verificaciones que deben hacerse en el marco de una acción de enriquecimiento sin causa. Al respecto, en la sentencia del 16 de abril de 1994 (expediente 7356, C.P. Juan de Dios Montes Hernández), había dicho la Sección Tercera: “La Sala no comparte con el a quo la tesis de la obligación solidaria deducida de la aplicación del artículo 2344 del C.C., por cuanto la acción de in rem verso no es una acción indemnizatoria o resarcitoria, sino compensatoria. El asunto se refiere a una pretendida obligación cuya única fuente es el enriquecimiento sin causa, vale decir, que en su origen no existe ni el acuerdo de voluntades, ni el acto ilícito, ni el precepto legal; de allí que para su deducción no haya necesidad de indagar si existe una actuación injusta o equivocada o ilegal; es suficiente constatar un fenómeno claramente objetivo: el enriquecimiento de la entidad pública; el empobrecimiento correlativo del actor; y la inexistencia de causa que justifique ese transvase patrimonial...”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez, radicación n.º 25000-23-26-000-2003-00616-01(29402), actor: Sociedad Subatours Ltda., demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional. En dicha providencia se dijo al respecto: “Con base en los planteamientos consignados líneas atrás se afirma que la actio de in rem verso, es subsidiaria, es decir, procede sólo cuando el empobrecido no tenga ninguna otra acción para restablecer el patrimonio, de manera que tampoco es procedente cuando el demandante por su negligencia ha dejado precluir la oportunidad para instaurar la acción procedente y pretende luego, para suplir su negligencia, acudir a través de la actio de in rem verso para reclamar la satisfacción de un derecho que podía ser satisfecho a través de una acción específica determinada por el orden jurídico”.

actio in rem verso; en dicha ocasión la referida Corporación expuso:

“12.2 Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio 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, 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.

En esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio in rem verso* a juicio de 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 suministros 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 4° de la Ley 80 de 1993.

12.3 El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio 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, solo 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”⁷

De lo anterior, se extraen las causales específicas de procedencia de la acción bajo examen: i) el particular afectado no tuvo participación o culpa en la prestación del servicio sin que mediara un contrato estatal, sino que por el contrario existió constreñimiento o imposición por parte de la entidad demandada; ii) la urgencia y necesidad en la prestación del servicio o el suministro de bienes relacionados con el derecho a la salud, valoración que, por supuesto, corresponde a la Administración, y iii) cuando se omitió la declaratoria de urgencia manifiesta.

⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Exp. No. 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Finalmente, precisó el Consejo de Estado que por regla general el enriquecimiento sin justa causa y, en consecuencia, la *actio in rem verso*, no pueden ser invocadas para reclamar el pago de servicios o prestaciones ejecutadas sin la previa celebración de un contrato estatal que lo justifique. Lo anterior, obedece a que dicha acción requiere, entre otras cosas, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa de derecho. Dijo la sentencia de unificación:

“Para este efecto, la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8° 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 con la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio 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 4°). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprometidos en esta 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 esta estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.”⁸

La postura jurisprudencial adoptada apunta a que todos los particulares o personas jurídicas, que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito- solemnidad⁹- para perfeccionarlo, sin que sea admisible obviar tal condición como excusa para su inobservancia.

6.- Medios de prueba relevantes

En el acervo probatorio obran los siguientes medios de prueba recabados en forma regular y oportuna:

6.1.- Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015¹⁰, firmado entre el ICBF (contratante) y el CONSORCIO EMPRESARIAL VEB¹¹ (contratista). El objeto se fijó en la cláusula 1ª como “PRESTAR EL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE AUTOMOTOR ESPECIAL PARA EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR A NIVEL NACIONAL, PARA LA MACRO-REGIÓN 1.”. El valor del contrato se estipuló en la cláusula 5ª en la suma de \$19.412.772.459.00 M/Cte., distribuidos por anualidades así: 2015 – 3 días - \$65.822.423.00, 2016 – 12 meses - \$7.567.108.668.00, 2017 – 12 meses - \$7.777.370.697.00, 2018 – 6 meses - \$4.002.470.671. El plazo de ejecución aparece en la cláusula 7ª, donde se dice que será a partir del cumplimiento de requisitos y “hasta el 30 de junio de 2018 o hasta agotar los recursos, lo que primero ocurra.”.

⁸ Ibídem.

⁹ Consejo de Estado, sentencia de 24 de abril de 2017. Exp. No. 250002326000200102906 01 (36943), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 34 a 46.

¹¹ El consorcio está integrado así: BIP TRANSPORTES S.A.S. (34%), ESTURIVANNS S.A.S. (33%) y VIAJEROS S.A. (33%).

6.2.- Modificación No. 1¹² al Contrato de prestación de servicios No. 1668, firmada entre la contratante y el contratista, sin fecha, por medio de la cual se modificó la cláusula 5ª del contrato en el sentido de liberar recursos de la vigencia 2015 por valor de \$8.167.834.00, por lo que el valor del contrato quedó en la suma de \$19.404.604.625.00.

6.3.- Modificación No. 2¹³ y Adición No. 1 al Contrato de prestación de servicios No. 1668, firmada entre la contratante y el contratista, de 26 de diciembre de 2016, por medio de la cual se adicionó el valor del contrato en la suma de \$148.582.714.00, por lo que se modificó su cláusula 5ª, de modo que el valor del contrato quedó en la suma de \$19.553.187.339.00, con lo que se modificaron los siguientes valor del contrato inicial: 2015 – 3 días - \$57.654.589, 2016 – 12 meses - \$7.715.691.382.00.

6.4.- Modificación No. 3 y Adición No. 2¹⁴ al Contrato de prestación de servicios No. 1668, firmada el 14 de julio de 2017, por medio de la cual se adicionó el valor del contrato en la suma de \$580.881.384.00, por lo que el valor total del contrato quedó en la cantidad de \$20.134.068.723.00, siendo modificado el presupuesto asignado para el año 2017 así: 2017 – 12 meses - \$8.358.252.081.00.

6.5.- Acta de inicio de contrato de 29 de diciembre de 2015.¹⁵

6.6.- Declaración extrajuicio rendida el 3 de octubre de 2017 ante la Notaría 20 de Bogotá D.C., por CARLOS EDUARDO LEÓN PINZÓN, contador público al servicio de la demandante, quien informa que durante los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2016, esa compañía recibió correos electrónicos procedentes de la entidad contratante anunciando la necesidad de adicionar el contrato de marras para cubrir la prestación de los servicios del mes de diciembre de ese año, que la adición se había aprobado por valor de \$300.000.000.00, pero que realmente la adición solo fue por la suma de \$148.582.714.00. Agrega que la demandada solicitó mantener la prestación del servicio durante ese mes, lo que así hizo la firma contratista.¹⁶

6.7.- Declaración extrajuicio rendida el 4 de octubre de 2017 ante la Notaría 52 de Bogotá D.C., por NELSON ROBERTO PARRA PALENCIA, representante legal de la compañía BIP TRANSPORTES S.A.S., quien da una declaración similar a la anterior.¹⁷

6.8.- Declaración extrajuicio rendida el 29 de septiembre de 2017 ante la Notaría 38 de Bogotá D.C., por WINDY MAYERLI GUALTEROS TORRES, auxiliar contable al servicio de la demandante, cuya declaración coincide con las anteriores.¹⁸

6.9.- Certificación expedida el 10 de marzo de 2017 por la secretaria técnica del comité de defensa judicial y conciliación de la dirección general del ICBF, según la cual se autorizó conciliar este caso por la suma de \$133.654.782.00.¹⁹

6.10.- Ficha de análisis conciliación extrajudicial de la Oficina asesora jurídica del ICBF, en la que se conceptúa la viabilidad de conciliar este caso, entre otras razones por las siguientes:

“Así las cosas, el primer punto a analizar recaería en si el servicio fue efectivamente prestado y, en ese sentido, del informe presentado por los supervisores del contrato, el cual se soporta en certificaciones expedidas por las regionales que conforman la Macro Región 1, se evidencia claramente que el convocante prestó servicios adicionales durante la ejecución del contrato por valor de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$133.654.782), documento que se incorpora al presenta análisis y deberá hacer parte del acta de comité de conciliación.

¹² Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 59 a 64.

¹³ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 65 a 69.

¹⁴ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 70 a 77.

¹⁵ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 78.

¹⁶ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 126 a 128.

¹⁷ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 129 a 132.

¹⁸ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 133 a 134.

¹⁹ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 147.

En segundo lugar, pasaremos a analizar si el servicio de que se trata podría eventualmente afectar derechos fundamentales de la comunidad, y particularmente de los niños, niñas y adolescentes, en este punto, encontramos que la adición responde a una necesidad de prestación del servicio de transporte en las Regionales para el traslado del equipo técnico interdisciplinario de las Defensorías de Familias, las cuales a la luz del Código de la Infancia y de la Adolescencia, son las encargadas prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; así como también, para el transporte para los equipos Móviles de Protección Integral – EMPLI, los cuales tienen por objetivo promover el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de trabajo infantil, por lo que de no prestarse este servicio se ponen en riesgo inminente la integridad de los menores al quedar desprotegidos por el personal que debe velar por la protección de sus derechos.

De la justificación a la modificación del contrato se lee lo siguiente:

“Es necesario garantizar la continuidad de la prestación del servicio de transporte en las condiciones actualmente establecidas en la modalidad de rutas y en la modalidad de vehículos, que aseguren el seguimiento de manera oportuna y efectiva a los proyectos y actividades misionales del ICBF, de igual manera con el fin de brindar el apoyo a los funcionarios que diariamente requieren del servicio de transporte para trasladarse a diferentes sitios en cumplimiento de las funciones misionales de la Entidad encaminados a mejorar la efectividad en la atención de las labores propias del ICBF.

Debido al aumento de servicios en diferentes Regionales con fin de apoyar la labor misional en varios centros zonales como: denuncias, traslados de NNA estudios psicosociales, visitas domiciliarias, entre otros. Se generó la necesidad de disponer de doce (12) vehículos adicionales para cubrir con los servicios no previstos en la actual vigencia (...)

Adicionalmente, para atender las solicitudes realizadas por la Dirección de Protección y las diferentes Regionales que conforman la Macro Región 1 fue necesario adicionar 5 vehículos a la cantidad estipulada inicialmente en el contrato, para atender los desplazamientos de los Equipos Móviles De Protección Integral (EMPLI)”

Sin lugar a dudas, el servicio no era de poca monta, se trataba de la atención de un sector vulnerable de la población, esto es, niños, niñas y adolescentes con sus derechos amenazados o vulnerados, lo cual ameritaba con suma urgencia la intervención del ICBF mediante la activación de las rutas establecidas para cada caso en concreto, esto es, el desplazamiento al lugar de los hechos para realizar verificación de derechos, traslado de los menores de edad, visitas domiciliarias para seguimiento de los PARD, etc. Además, que por sus circunstancias específicas, la no prestación del servicio podría ocasionar daños adicionales al entorno de los niños, niñas y adolescentes sujetos de protección reforzada.

A modo de conclusión, se evidencia que el servicio que prestó el operador adicional a las obligaciones contractuales va unido a garantizar diferentes derechos fundamentales de este sector vulnerable de la población; por tanto, considera el suscrito que el caso bajo estudio se encuentra dentro de las excepciones planteadas por el Consejo de Estado y es viable conciliar.”²⁰

6.11.- Acta de conciliación extrajudicial elaborada por la Procuraduría 9ª Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá el 28 de noviembre de 2017, a la que asistieron las partes aquí involucradas, y en la que se formalizó el acuerdo conciliatorio en torno a que el ICBF pagaría al CONSORCIO EMPRESARIAL VDB la cantidad de \$133.654.782.00, sin reconocimiento de intereses o actualización.²¹

6.12.- Auto de 29 de junio de 2017²², expedido por el Juzgado 59 Administrativo de Bogotá – Sección Tercera, dentro de la Conciliación Prejudicial No. 2017-00331 referida a este asunto, por medio del cual se IMPROBÓ el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes. En esta providencia se relacionó como parte del material probatorio anexado, lo siguiente:

²⁰ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 154 y 155.

²¹ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 157 a 163.

²² Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 279 a 290.

“El 4 de noviembre de 2016 el Consorcio Empresarial advirtió a través de correo electrónico al ICBF, que se encontraban pendientes por facturar los servicios fijos y los adicionales de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2016; se adjuntó cuadro de ejecución del presupuesto y manifestó que se requería una adición al contrato No 1668, por cuanto los valores actuales no alcanzaban a cubrir los costos.

El 5 de diciembre de 2016, el Consorcio Empresarial nuevamente remitió correo electrónico al ICBF y adjuntó cuadro de la ejecución del presupuesto y solicitó adición al contrato.

El 6 de diciembre de 2016 el ICBF dio respuesta a los correos, remitidos por el Consorcio Empresarial e informó la aprobación de la adición al contrato No 1668 de 2015, por valor de \$300.000.000.

Con correo de 20 de diciembre de 2016 el Consorcio Empresarial informó que los servicios adicionales aún no se encontraban con la adición aprobada, toda vez que se tenía un saldo por ejecutar correspondiente a la factura que se encuentra proyectada por valor de \$690.856.547.”

6.13.- Auto de 16 de agosto de 2017²³, expedido por el Juzgado 59 Administrativo de Bogotá – Sección Tercera, dentro de la Conciliación Prejudicial No. 2017-00331 referida a este asunto, por medio del cual se negó la reposición interpuesta contra la providencia anterior.

6.14.- Dictamen pericial rendido por LAURA MARCELA BONZA SUÁREZ, contadora pública de profesión, con el cual se establece que la firma contratista prestó a la entidad contratante servicios durante el mes de diciembre de 2016 que ascendieron a la suma de \$674.358.155.00, de los cuales el ICBF solo canceló la cantidad de \$540.703.373.00, por lo que se quedó adeudando la suma de \$133.654.782.00 “por no haber quedado en contrato adicional a precios del contrato.”²⁴.

6.15.- Contradicción del dictamen rendido por la Contadora Pública LAURA MARCELA BONZA SUÁREZ y testimonio rendido por JOSÉ FABIO CONTRERAS NARANJO, FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ y ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ ROSERO, todo lo cual se practicó en la audiencia de pruebas realizada el 3 de marzo de 2022.²⁵

El señor JOSÉ FABIO CONTRERAS NARANJO expresó en su declaración que era gerente de la empresa de transporte *Secoltur S.A.S.*, que conoce al consorcio demandante “*porque también fui contratista en ese periodo del ICBF*”. En ese sentido, indicó que para la fecha de los hechos tenían unos contratos de transporte vigentes con el ICBF en diferentes regionales del país, que del consorcio demandante no tenía certeza cuáles eran, pero para su empresa eran las de Quindío y Antioquia; asimismo adujo que fueron citados por algunos funcionarios a una reunión en el ICBF, quienes les comunicaron que no contaban con unos recursos pero que el contrato se encontraba vigente y que debían seguir prestando los servicios mientras se superaba el tema presupuestal, luego se suscribieron unas adiciones contractuales pero estas no correspondían al “*monto del dinero por el que se habían prestado los servicios y ahí quedó eso*”. En cuanto a los asistentes a dicha reunión adujo “*no recuerdo el nombre del Director Administrativo, el señor Andrés Gonzáles en calidad Coordinador del Grupo de la Zona, la señora Carmen Salas en representación legal de la otra Unión Temporal, mi nombre, mi persona en representación del otro Consorcio, y dos funcionarios más del ICBF que no recuerdo, que era el director del contrato como tal y el Director Administrativo*”; además, señaló que se encuentra en una situación similar a la del demandante porque tenía un contrato vigente pero la entidad indicó que estaba sin recursos, pero que los conseguirían, en palabras del Director Administrativo, mismo que posteriormente fue retirado de su cargo; por último, precisó que la nueva Directora Administrativa dijo que no aprobaba esos recursos “*porque no estaban dentro del nombramiento de ella, que ella aprobaba los recursos desde la fecha en que la habían nombrado como Directora y que no respondía por lo anterior*”.

El señor FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ, abogado de profesión, quien se desempeñó en el ICBF como Director Administrativo entre abril de 2016 y mayo de 2017, y a su vez como supervisor del contrato objeto de este proceso, dijo que la secretaria

²³ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 291 a 293.

²⁴ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 294 a 301.

²⁵ Ver documento digital “16.- 03-03-2022 AUDIENCIA DE PRUEBAS - TRASLADO ALEGAR”.

general estaba facultada como ordenadora del gasto. Preciso que antes de diciembre de 2016 empezaron a ocurrir los incumplimientos en el pago del contrato, y que se iba a afectar la misionalidad del ICBF, dado que se necesitaba transporte especial para trasladar a los funcionarios de la entidad para reaccionar frente a los casos de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Además, desde septiembre de 2016 la Directora/Coordinadora del Área de Protección de la Niñez solicitó directamente a la Dirección Ejecutiva del Orden Nacional que le diera la asistencia de ese transporte, y por parte de la Secretaría General se dio la instrucción de adicionar el contrato. La adición se hizo por un menor valor del que se había presupuestado, pero en diciembre de 2016 se hizo otra adición. Agregó que no obstante las solicitudes reiteradas que se hicieron a la oficina de planeación (encargada con la Secretaría General de tramitar ante el Ministerio de Hacienda los recursos necesarios para la adición en la medida en que se requerían) nunca se logró y terminó la vigencia fiscal.

Adujo que los recursos nunca se agotaron, siempre hubo recursos, pero se estaban solicitando unos nuevos servicios con base en unas funciones nuevas (ej. Línea 141 que es de reacción inmediata), para lo que se requería que los servidores del ICBF pudieran desplazarse de inmediato al sitio donde se reportara un abuso o intento de abuso de menores. Indicó que el Coordinador de apoyo logístico con sede en Bogotá era quien coordinaba los transportes, pero adicional se había contratado un apoyo a la supervisión en cada una de las macro regiones. Insistió en que el contrato nunca estuvo desfinanciado, y como cualquier otro contrato estatal se pudo haber adicionado si se hubieran hecho las gestiones y trámites. En ese momento el director de planeación del ICBF lo que dijo fue que *“los recursos que tenemos no alcanzan, pero ya mismo empezamos a tramitar ante planeación nacional y ante el ministerio de hacienda los recursos respectivos para poderlo adicionar en las cantidades que están requiriendo las áreas misionales”*. En diciembre de 2016 no se había hecho el traslado presupuestal que se requería para adicionar el contrato en la cuantía solicitada.

Ante la pregunta de si consideraba que existió negligencia en el trámite contestó que *“creería”* que influyó mucho el cambio de secretario general en ese momento (en septiembre), en esos casos a veces quien llega no tiene la claridad de lo que se está solicitando y se entra en etapa de estudio y verificación, seguramente dejaron vencer la fecha hasta la cual el Ministerio recibe las solicitudes y no se pudo hacer el traslado requerido. Las nuevas necesidades fueron identificadas con los memorandos respectivos del Área de Protección a la Niñez, que incluso están en el considerando de la adición del contrato del mes de diciembre de 2016, ahí están las razones y los valores, además eso fue aprobado por todas las instancias del ICBF, era claro que la adición del contrato debía hacerse, lo que sucedió fue que no se hizo en los valores que se debía.

Adujo igualmente que en la práctica el contrato se desarrolló de forma adecuada y fue muy útil para el ICBF, los servicios prestados en diciembre de 2016 no incluían un objeto diferente al contratado, lo que se hizo fue una adición en recursos, no al objeto del contrato propiamente, sino adición de recursos para poder seguir prestando el servicio de acuerdo con las nuevas necesidades. Aclaró que por su parte nunca hubo una instrucción para la prestación de los servicios sin el lleno de los requisitos legales, que si se hubieran dejado de prestar los servicios se hubiera afectado y dejado de dar continuidad a la misionalidad del ICBF porque los funcionarios no tendrían en qué transportarse, que era algo que el ICBF tenía contratado. Ante el interrogante de ¿quién tenía la competencia para solicitar al consorcio que prestara el servicio en esas nuevas misionalidades?, dijo que, en primer lugar, la ordenadora del gasto en su momento, en segundo lugar, el Coordinador de Apoyo Logístico, que era quien fungía para que se dieran los servicios en el día a día, la forma operativa. Por último, indicó que no sabe quién lo hizo, pero supone que debió venir del grupo de coordinación de apoyo logístico y el apoyo a la supervisión.

El señor ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ ROSERO, quien trabajó al servicio del ICBF como apoyo a la supervisión de los contratos de transporte, precisó que pese a no haber participado directamente en el contrato objeto de este proceso, tuvo conocimiento de toda la operación relativa a la prestación del servicio de transporte a funcionarios y contratistas del ICBF en diferentes regiones y departamentos a nivel nacional, para labores como atención a la primera infancia y acciones de protección. Indicó que en el año 2016 el ICBF implementó programas como la línea 141 y EMPI (Equipos Móviles de Protección Integral), por lo que fue necesario solicitarles a los contratistas nuevos

vehículos para el transporte de los defensores de familia y de los grupos de protección. En este caso el consorcio siguió prestando los servicios solicitados, por instrucciones y comunicaciones del supervisor del contrato que no se hacían a través de reuniones sino por lo general por escrito mediante correos electrónicos. En diciembre de 2016 hubo una adición al contrato para cubrir los anteriores programas, pero surgieron problemas con los recursos, porque llegaron tarde por cuestiones de presupuesto. Los vehículos asignados en junio o julio eran los que venían prestando el servicio en los meses anteriores, y los que continuaron operando hasta diciembre, y se agregaron más vehículos debido a la implementación de nuevos programas del ICBF.

7.- Asunto de fondo

El CONSORCIO EMPRESARIAL VEB demandó en ejercicio del medio de control de reparación directa al ICBF con la finalidad de que se declare que la última se enriqueció injustamente en detrimento del primero, por los servicios de transporte público terrestre automotor especial que le prestó durante el mes de diciembre de 2016, lo que ascendió a la suma de \$133.654.782.00; por tanto, pide el pago de esa cantidad de dinero junto con la indexación e intereses a que haya lugar.

Las pretensiones se fundamentan en que en el *sub lite* operó la figura jurídica de la *actio in rem verso*, dado que entre el CONSORCIO EMPRESARIAL VEB y el ICBF se firmó el Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015, con el objeto de que la primera le prestara servicios de transporte público automotor terrestre a la segunda en la Macro Región 1, durante los años 2015, 2016, 2017 y 2018, y que para el año 2016 los recursos asignados por valor de \$7.567.108.668.00 resultaron insuficientes, lo que llevó a que la administración, a través de diferentes funcionarios y correos electrónicos, “*impulsaran*” o “*constrinieran*” al contratista a que siguiera prestando dichos servicios bajo el entendido de que el contrato se adicionaría en la suma que fuera necesario, sin embargo, la adición que se había confirmado por parte de la entidad por el total de los servicios prestados únicamente se aprobó por la cantidad de \$148.588.714.00, lo que arrojó un saldo no pagado ni cubierto por la adición en cuantía de \$133.654.782.00, guarismo que constituye en los términos de la demanda el enriquecimiento injusto a favor del ICBF y en detrimento de las arcas del consorcio.

La parte actora, a fin de dar sustento jurídico a sus pretensiones a la luz de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 19 de noviembre de 2012 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acude al criterio decantado en el literal a) de dicha providencia, según el cual la *actio in rem verso* es procedente “*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 constrinó 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.*”, pues considera que la administración se valió de su poder dominante para obligarla a seguir ejecutando el contrato, frente a lo cual el contratista no pudo poner resistencia.

El otro extremo de la relación jurídico-procesal, por el contrario, si bien admite la existencia y veracidad de los hechos más importantes, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, ya que en su opinión el criterio jurisprudencial al que recurre el consorcio actor no cuenta con los supuestos fácticos necesarios para que opere en el *sub judice*, gracias a que la administración no constrinó al consorcio demandante.

El Despacho, en lo primero que quiere hacer énfasis es en que la teoría del enriquecimiento sin justa causa no puede tener un manejo igual en el derecho privado y en el derecho público, dado que en el primer escenario solo están en juego intereses particulares, mientras que en el terreno de lo público lo que está en medio es el interés general, que como bien se sabe prima sobre el interés particular. Esta distinción marca un derrotero importante en casos como el presente, debido a que bajo el principio democrático y el principio de legalidad, vitales para el Estado de Derecho, la contratación de las entidades públicas ha sido sometida a reglas muy estrictas, encaminadas sí a velar por la realización de obras o la prestación de servicios que lleven bienestar a la comunidad, pero también dirigidas a que la selección de los contratistas atienda al principio de igualdad, por ejemplo con el principio de la selección objetiva que apunta a

que los contratos estatales se adjudiquen a quien demuestre realmente ser el mejor calificado para cumplir el objeto del contrato ofertado, con lo que se busca impedir que tal selección acontezca por factores subjetivos, lo que está visto nada bueno trae a la actividad contractual de la administración.

Es por ello que en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado se dijo que la *actio in rem verso* solo procede de “*manera excepcional y por razones de interés público o general*” bajo alguna de las tres modalidades allí mencionadas. Es decir que, la solución de conflictos jurídicos como el que nos ocupa, debe asumirse con reglas de interpretación estrictas, procurando que lo excepcional no se convierta en regla y que, de esa manera termine dándosele cabida a cualquier razón para soslayar la aplicación de la ley contractual y así facilitar que los recursos públicos terminen en manos de los “*contratistas*” sin que se hayan agotado los pasos previstos por el ordenamiento jurídico bien sea para adjudicar un contrato o ya para adicionarlo con recursos financieros.

Ahora, tal como se dijo arriba, el consorcio demandante sostiene que en su caso se configura la primera regla de la sentencia de unificación jurisprudencial, es decir la del literal a), según la cual debe existir prueba “*fehaciente y evidente*” de que “*fue exclusivamente la entidad pública*”, sin participación alguna del contratista, quien con sus poderes “*construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones*” al margen de un contrato estatal. Además de que salta a la vista que la Alta Corte escogió con sumo cuidado cada palabra para dicha construcción gramatical, seguro para no dejar ninguna fisura en la materia, es claro que la aludida causal solo opera cuando se demuestre que el contratista fue constreñido a ejecutar una prestación no cubierta por el contrato, constreñimiento que para la Real Academia Española equivale a “*Obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo*”. Por tanto, bajo la premisa del *onus probandi incumbit actori*, a la parte actora le concierne probar que su decisión de seguir adelante con la prestación de los servicios de transporte durante el mes de diciembre de 2016 únicamente tuvo por causa el constreñimiento ejercido por el ICBF, es decir que la administración se valió de algún poder propio para forzar a que su contratista le continuara prestando dichos servicios.

El contratista demandante sostiene que el constreñimiento ejercido por el ICBF está probado con el correo electrónico de 6 de diciembre de 2016, hora: 15:58, remitido por el señor Raúl López Jaraba, funcionario del Grupo de Apoyo Logístico del ICBF sede de la Dirección General, desde la cuenta raul.lopez@icbf.gov.co a las cuentas marcarmensalas61@hotmail.com, contabilidad@esturivanns.com, jorge.millan@icbf.gov.co, en el que se lee: “*Doña Carmen, me informan que el comité de contratación aprobó la adición del contrato 1668 suscrito con su representada por valor de \$300.000.000, de acuerdo al siguiente cuadro: (...) Le estaré en los próximos días diciendo los pasos a seguir para proceder con el trámite de la adición. Referente al pago de Diciembre, se pagará del 1-31 como todos los meses y se estará tramitando en Enero de 2017 una vez sean recibidas las certificaciones por parte de las Regionales.*”²⁶.

De igual forma, se acude al correo electrónico de 6 de diciembre de 2016, hora 3:10 pm, remitido por el señor Jorge Alberto Millán Carvajal, profesional contratista Grupo Apoyo Logístico ICBF Sede de la Dirección General, desde su cuenta (no aparece un correo en específico), a la cuenta del señor Raúl Alfonso López Jaraba (raul.lopez@icbf.gov.co), en el que se dice: “*Raúl revisa el tema nadie informo que se facturaría hasta el 15.*”²⁷. Así como al correo electrónico de 6 de diciembre de 2016, hora 12:30 pm, remitido por la señora Carmen Salas Castro, representante legal del consorcio demandante, a los correos electrónicos de Fabián Elías Paternina Martínez (fabian.paternina@icbf.gov.co) y Jorge Alberto Millán Carvajal (jorge.millan@icbf.gov.co), con el siguiente contenido:

“Cordial saludo, el presente correo con el fin de enviarle el cuadro de presupuesto de la macro región 1 a la fecha, para su verificación, incluido el mes de Diciembre de 2016 hay una diferencia aproximada de acuerdo a lo que se viene facturando de : **TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL (\$340.320.000.00) PESOS M/CTE**, que correspondería al valor de la adición.

De igual forma en la última reunión que tuvimos nos manifestaron que el mes de

²⁶ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 90 a 91.

²⁷ Ver documento digital ibídem.

Diciembre se facturaría hasta el 15 con el fin de colaborarle a las empresas con los pagos para proveedores del servicio y los días restantes ya en el mes de Enero de 2017 pero hasta la fecha no hemos recibido instrucción alguna al respecto.

De antemano agradezco su respuesta a lo mencionado.”²⁸

Y, por último, se tiene el correo electrónico de 20 de diciembre de 2016, hora 16:12, dirigido desde el correo electrónico de Edgar Bautista Duarte, Coordinador logístico Esturivanns, al correo electrónico del señor Raúl Alfonso López Jaraba (raul.lopez@icbf.gov.co, raul01087@gmail.com), del señor Jorge Alberto Millán Carvajal (jorge.millan@icbf.gov.co) y de la señora Carmen Salas Castro (maricarmensalas61@hotmail.com, esturivannsltda@gmail.com), en el que se dice: “Revisado el presupuesto correspondiente a la vigencia 2016 mas la adición aprobada por un monto de \$300.000.000, a la fecha tenemos un saldo por ejecutar de \$692.120.660 y se tiene proyectado facturar \$690.856.547 de servicios fijos para el mes de diciembre, es decir, tendríamos únicamente \$1.264.113 para cubrir servicios adicionales. Adjunto cuadro detallado. Agradezco revisar este tema, quedamos atentos a comentarios y/o inquietudes.”²⁹.

Pues bien, las comunicaciones remitidas desde los correos electrónicos de los señores Raúl López Jaraba y Jorge Alberto Millán Carvajal, funcionarios adscritos al Grupo Apoyo Logístico ICBF Sede de la Dirección General, carecen por completo de la entidad requerida para configurar un constreñimiento de la administración sobre el consorcio demandante para que continuara prestando los servicios durante el mes de diciembre de 2016. Es más, lo que se vislumbra de ese cruce de comunicaciones es que se advirtió por parte de contratante y contratista que los recursos económicos asignados para el año 2016 eran insuficientes para garantizar la prestación del servicio de transporte terrestre nacional en la macro región 1, por lo que era necesario adicionar el Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015 en una suma que sobrepasaba los trescientos millones de pesos, trámite que si bien se adelantó no culminó con éxito porque la adición terminó siendo por una cantidad inferior, esto es por valor de \$148.582.714.00, lo que derivó en un déficit en las arcas del CONSORCIO EMPRESARIAL VEB, que ahora pretende recuperar acudiendo a la *actio in rem verso*.

El constreñimiento se da siempre y cuando la administración utilice factores de poder a su alcance para obligar a que el contratista ejecute a su favor prestaciones que están por fuera de las estipulaciones contractuales, presiones que deben ser de tal magnitud que la voluntad del administrado termine doblegada, o como lo dice el fallo de unificación jurisprudencial “*sin participación y sin culpa del particular afectado*”. Empero, en esta oportunidad no puede afirmarse, según el acervo probatorio, que el contratista fue una víctima de la entidad contratante, puesto que no se acreditó ningún constreñimiento, como tampoco se probó que el consorcio no hubiera tenido ninguna participación en lo sucedido. Por el contrario, lo que se advierte de los medios de prueba examinados, es que la idea de adicionar el contrato de marras surgió del diálogo que mantuvieron las personas involucradas en el contrato estatal, interacción que los hizo reflexionar sobre la necesidad de adicionar dicho negocio jurídico en la cantidad arriba señalada, para lo cual en forma mancomunada adelantaron los trámites pertinentes con resultados parcialmente favorables porque lo adicionado resultó ser inferior a lo esperado.

El resultado anterior deja entrever que lo sucedido no corresponde a un enriquecimiento injustificado a favor del ICBF, en detrimento del patrimonio del CONSORCIO EMPRESARIAL VEB, sino una clara falta de planeación. Si tanto la entidad contratante, así como el consorcio contratista, supieron con la debida antelación que los \$7.567.108.668.00 asignados para atender los servicios de transporte durante el año 2016 estaban por agotarse y que, por lo mismo, era indispensable adicionar el contrato en la suma arriba indicada para que el servicio en la macro región 1 no se interrumpiera durante el mes de diciembre de esa anualidad, lo único que puede concluirse es que no se hicieron con la debida antelación todas las gestiones necesarias para que la adición se firmara a tiempo, de suerte que el contratista no prestara un servicio de transporte desprovisto de la preexistencia de un negocio jurídico que lo avalara.

²⁸ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 92.

²⁹ Ver documento digital “C002 - 002Pruebas” folios 94.

Empero, si como todo lo indica sí se hicieron gestiones para que la adición se expidiera durante el mes de diciembre de 2016, el consorcio demandado ha debido esperar prudentemente el resultado de dicho trámite para tomar una decisión al respecto. La mera expectativa del resultado de la adición al contrato no sirve de sustento a declarar la existencia de un enriquecimiento injustificado o dar aplicación a la figura jurídica de la *actio in rem verso*, pues solo era eso una expectativa, lo que de ninguna forma permite afirmar que bajo el principio de la confianza legítima el contratista ganó el derecho al pago de los servicios prestados sin ningún respaldo contractual.

Efectivamente, el principio de la confianza legítima, que a su vez tiene asidero en el principio de la buena consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, “*consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho.*”³⁰; asimismo se trata de un llamado a los operadores jurídicos para no “*contravenir sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que se generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico*”³¹. Sin embargo, la confianza legítima no es un principio concebido para soslayar la aplicación de la ley, dado que se corre el riesgo de incurrir en objeto ilícito, ya que según el artículo 1519 del Código Civil “*Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.*”.

Por ende, no resulta plausible sostener la aplicación del principio de confianza legítima si al mismo tiempo se transgreden normas de orden público, como de hecho lo son las expedidas por el Congreso de la República para regular todo lo concerniente a la contratación de las entidades públicas, máximo cuando como en este asunto la prestación de servicios por fuera de una relación contractual no se dio por la configuración de alguna de las hipótesis establecidas en el mencionado fallo de unificación jurisprudencial expedido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Junto a lo dicho, se señala por el Despacho que la confianza legítima está lejos de aplicarse en el *sub lite* porque no es cierto que la administración haya dado muestras claras de que la adición del contrato estaba lista y que por ello debía procederse por el contratista a la prestación de los servicios requeridos durante el mes de diciembre de 2016. En efecto, si bien es cierto que con correo electrónico de 6 de diciembre de 2016, el señor Raúl López Jaraba, funcionario del Grupo de Apoyo Logístico del ICBF sede de la Dirección General, hizo saber al contratista que “*el comité de contratación aprobó la adición del contrato 1668 suscrito con su representada por valor de \$300.000.000*”, también es cierto que en la misma comunicación se indicó con total claridad que “*Le estaré en los próximos días diciendo los pasos a seguir para proceder con el trámite de la adición.*”. Es decir que, en forma alguna puede aseverarse que la administración dio a entender que la adición del contrato era un hecho, pues lo que sí dijo es que el comité de contratación había dado su aprobación a ello, pero que aún quedaba pendiente agotar los pasos siguientes para el trámite de esa adición, lo que debe entenderse como el adelantamiento de los trámites propios para materializar la adición contractual, entre ellos el más importante de todos los pasos: La firma de la adición por parte de los representantes legales del ICBF y del CONSORCIO EMPRESARIAL VEB, dado que el contrato estatal es por regla general solemne.

Para el juzgado resulta bastante difícil de aceptar que la comunicación anterior sea suficiente para colegir un constreñimiento de la administración hacia su contratista o que el último actuó al amparo de la confianza legítima, pues si se mira con objetividad el contenido de la misiva se podrá observar que la adición del contrato en efecto sí iba por buen camino, pero que dicha ruta era para ese momento incompleta, ya que otros pasos debían adelantarse, uno bien conocido por el contratista como es la firma del contrato, elemento *sine qua non* en el campo de la contratación estatal. Además, la adición sí resultó aprobada y firmada, solo que por una cifra menor a la esperada, lo que denota una vez más que la planeación no se manejó con el debido rigor, omisión que desde

³⁰ Sentencia T-527 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

³¹ Sentencia T-248 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

luego no puede solucionarse apelando a la *actio in rem verso*, figura de excepcional aplicación que no opera cuando las partes contratantes sencillamente incurren en fallas a la hora de determinar con precisión el valor de los obras o servicios que se prestaron de más.

De otro lado, la parte demandante plantea que esta acción debe prosperar porque el objeto misional de la adición iba dirigido a satisfacer necesidades prioritarias de niños, niñas y adolescentes, por lo que se justificaba anticipar la prestación de los servicios de transporte así no se hubiera formalizado la adición del contrato.

Aunque el anterior razonamiento se descarta con todo lo dicho en torno a la falta de planeación en que se incurrió en el *sub lite*, resulta útil recordar que el ICBF “*es una entidad desconcentrada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, que mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.*”, y que “*trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, llegando a cerca de 3 millones de colombianos con sus programas, estrategias y servicios de atención con 33 sedes regionales y 215 centros zonales en todo el país.*”³². Por tanto, todo lo que hace el ICBF gira en torno a los intereses superiores de esa población que ostenta una protección especial por parte del constituyente derivado, lo que en principio llevaría a sostener, bajo la tesis de la parte actora, que las reglas de la contratación estatal no aplicarían para dicha entidad o que su aplicación sería residual por la relevancia que tiene la población objeto de los servicios que brinda la institución.

El Despacho se aparta de dicha postura, puesto que en armonía con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, las reglas de la contratación estatal allí consignadas aplican por regla general para las entidades públicas, entre ellas el ICBF, institución que además no hace parte de los organismos exceptuados de dicho régimen. Por ello, no es razonable sostener que en el caso de marras no son exigibles las reglas de contratación pública, en especial la celebración por escrito de una adición contractual, pues si la población objeto de atención del ICBF fuera el motivo primordial para abrazar esa hipótesis de seguro el legislador la hubiera exceptuado de dicho régimen y le habría dado la facultad de contratar con mayor libertad, por ejemplo, como así ocurre con las empresas industriales y comerciales del Estado.

De hecho, la celebración misma del Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015, así como la firma de la Modificación No. 1, la Modificación No. 2 y Adición No. 1 de 26 de diciembre de 2016 y la Modificación No. 3 y Adición No. 2 de 14 de julio de 2017, ratifican la idea de que el ICBF y su contratista el CONSORCIO EMPRESARIAL VEB son conscientes de que la actividad contractual de la entidad es reglada, gobernada por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la complementan y desarrollan, por lo que si advirtieron con suficiente tiempo de antelación que los recursos financieros asignados para el año 2016 se agotarían antes del mes de diciembre del mismo año, apelar al argumento de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes no es más que un intento infructuoso por justificar circunstancias no bien conocidas que impidieron que la adición no se expidiera por el 100% de lo solicitado sino apenas por una suma menor.

Asimismo, la parte actora señala que el constreñimiento sí existió y estuvo representado en que el ICBF para el año 2016 tenía poder de mando sobre su contratista porque el contrato estaba en ejecución, de modo que si el consorcio no prestaba los servicios durante el mes de diciembre de 2016 recibiría sanciones económicas por su incumplimiento contractual.

El Despacho tampoco encuentra razonable lo anterior. De un lado, porque la sola vigencia del contrato no da crédito a lo dicho, en especial porque parte de una premisa inconstitucional, contraria a la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política, pues supone admitir que la administración obra de mala fe, con ánimo revanchista si sus contratistas no acatan lo que se les pide, así lo requerido esté por

³² Esta información se toma directamente de la página web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

fuera de las obligaciones contractuales. Y, por otra parte, porque el objeto contractual se acordó cumplirlo año por año, asignando unos recursos económicos específicos por cada una de las anualidades, hasta que finalizara el año o se agotaran los recursos destinados, lo que ocurriera primero, por ello, si para comienzos de diciembre de 2016 ya se habían agotado los recursos destinados para ese año, no existía ninguna posibilidad de que la administración multara a su contratista por incumplimiento contractual, ya que según las estipulaciones contractuales las obligaciones para el contratista cesaban cuando se completara el cupo económico asignado para el respectivo año.

Por último, el juzgado observa que no se aclaró por completo si la necesidad de adicionar el contrato para el mes de diciembre de 2016 surgió por el agotamiento de los recursos económicos destinados para esa anualidad o si ello obedeció a la implementación de nuevos servicios o programas por parte del ICBF. En efecto, en la ficha de análisis elaborada por la Oficina asesora jurídica de la entidad para el trámite de la conciliación prejudicial, se consignó como justificación de la oferta conciliatoria que “*fue necesario adicionar 5 vehículos a la cantidad estipulada inicialmente en el contrato, para atender los desplazamientos de los Equipos Móviles De Protección Integral (EMPI)*”. Además, en la declaración rendida por el señor Fabián Elías Paternina Martínez, Director Administrativo del ICBF entre abril de 2016 y mayo de 2017 y supervisor del contrato objeto de este medio de control, este indicó que los recursos nunca se agotaron, siempre hubo recursos, pero se solicitaron nuevos servicios para atender las necesidades derivadas de la línea 141 de reacción inmediata; agregó que el contrato nunca estuvo desfinanciado, que se había podido adicionar si se hubieran hecho los trámites respectivos, que al parecer las dificultades en dicho trámite surgieron por el cambio de secretario general, e igualmente precisó que él nunca dio la instrucción de que se siguieran prestando los servicios por parte del consorcio demandante sin el lleno de los requisitos legales.

Lo anterior demuestra que la hipótesis del agotamiento de los recursos económicos destinados para el año 2016 no tiene mayor respaldo probatorio, que al parecer todo se desprendió de un nuevo programa concebido por el ICBF, alusivo a la línea 141 y los Equipos Móviles de Protección Integral, para lo cual se necesitó de un número adicional de vehículos, para lo cual era menester adicionar el contrato, adición que no resultó completamente exitosa por el cambio de secretario general, puesto que este funcionario se negó a dar su aprobación a una adición sobre hechos cumplidos por las eventuales implicaciones jurídicas que ello podría acarrearle.

En fin, queda demostrado una vez más que en el *sub lite* no es factible aplicar la figura jurídica de la *actio in rem verso*, dado que no se probó que el ICBF hubiera constreñido u obligado al CONSORCIO EMPRESARIAL VEB a prestar unos servicios adicionales por fuera de las obligaciones pactadas en el Contrato de prestación de servicios No. 1668 de 28 de diciembre de 2015, por el contrario, lo que se verifica es que la entidad contratante y el consorcio contratista, de manera libre y voluntaria, acordaron la prestación de servicios adicionales bajo el entendido de que la adición se haría con posterioridad, adición que se frustró en una parte ante el cambio del secretario general, quien se negó a dar su aprobación para que se legalizaran unos hechos cumplidos, desde luego porque avizoró que no estaban reunidos los requisitos para ello.

Así, el Despacho colige que no se cumplen los presupuestos requeridos para aplicar la causal invocada por la parte demandante y referida en el fallo de unificación jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, motivo por el cual se desestimarán las pretensiones de la demanda.

7.- Costas

Si bien el artículo 188 del CPACA prescribe que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas*”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por lo tanto, y en atención a que la parte demandante ejerció su derecho de acción sin acudir a maniobras censurables, dado que lo hizo bajo la razonable convicción de que en su caso operaba la figura jurídica de la *actio in rem verso*, el Despacho no la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción denominada “Falta de legitimación en la causa material por activa para el medio de control de reparación directa”, formulada por el apoderado judicial del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de Reparación Directa formulada por el **CONSORCIO EMPRESARIAL VEB** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Por Secretaría una vez en firme esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

Correos electrónicos
Parte demandante: alvaromejia_1@hotmail.com; gerencia@esturivanns.com; grodriguezch@gmail.com; contabilidad.viajeros@gmail.com; info@biptransportes.com; gerencia@biptransportes.com;
Parte demandada: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co; santiago.perez@icbf.gov.co; representación.judicial@icbf.gov.co;
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co;

Firmado Por:
Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: efe4888bd6f0cd9d1f83aea60c43ab0a77b87ce67754c18587478b3d802f0014

Documento generado en 24/08/2023 03:35:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>