

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA – SUBSECCION A

CONSEJERO PONENTE (E): Hernán Andrade Rincón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de 2015.

Radicación: 250002326000200101401 – 01 (32.786)

Demandante: Almacenadora Suramericana del Comercio Almasur Ltda.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Asunto: Apelación sentencia de reparación directa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el día 2 de marzo de 2006, mediante la cual se decidió:

“PRIMERO.- Declárase probada de oficio la cosa juzgada, respecto de los bodegajes de mercancías que fueron retiradas definitivamente entre 1994 y 1997, tal como se estableció en el auto improbatario de conciliación prejudicial del 19 de septiembre de 2000, ejecutoriado el 27 de septiembre del mismo año, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, dentro de la actuación procesal No. 2000-1447, tal como se indicó en la parte motiva de la presente sentencia.

“SEGUNDO.- Declárase probada la excepción de caducidad, formulada por la entidad demandada, respecto de los bodegajes de mercancías que fueron retiradas definitivamente entre 1998 y el 8 de febrero de 1999, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

“TERCERO.- Declárase probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones formulada por la DIAN, respecto de la pretensión tercera de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

“CUARTO.- Declárese administrativamente responsable a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por el enriquecimiento sin justa causa y el

correlativo empobrecimiento sufrido por la sociedad demandante Almacenadora Suramericana del Comercio – Almasur Ltda., con ocasión del no pago de los servicios de bodegaje de mercancías abandonadas que fueron retiradas definitivamente entre el 9 de febrero de 1991 y el 24 de abril de 2001.

“QUINTO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la DIAN, a pagar por concepto de perjuicios materiales causados a la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio – Almasur Ltda., la suma de seiscientos treinta y ocho millones ciento ochenta y dos mil trescientos cuarenta y cinco pesos con once centavos (\$638.182.345,11).

“SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones.

“SÉPTIMO.- Para el cumplimiento de la presente sentencia, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“OCTAVO.- En caso de no ser apelada consúltese la presente sentencia ante el superior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A.”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 21 de junio de 2001¹, la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio Ltda. –ALMASUR Ltda.-, mediante apoderado judicial, formuló demanda de reparación directa contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados *“al no haberle pagado los gastos por concepto de bodegaje de mercancías depositadas en sus instalaciones y bodegas, causados desde la fecha en que se configuró el abandono o aprehensión, declarado mediante resoluciones expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hasta la fecha de su retiro o disposición”*².

¹ fl. 3 a 33 c 1. Mediante memorial del 11 de septiembre de 2001, la sociedad demandante aclaró y corrigió la demanda, en el sentido de deslindar las diferentes pretensiones según las respectivas facturas presentada a la DIAN, fl. 39 a 72 c 1.

² Fl. 4 c 1.

A título de perjuicios materiales, solicitó la suma de \$1.739'018.643, debidamente indexada y los intereses comerciales y/o moratorios a que hubiere lugar.

En el memorial de corrección y aclaración de la demanda, la parte actora agregó como pretensión tercera, la siguiente: "3.- Que se condene además a la demandada a pagar a la actora los perjuicios de todo orden que se le irrogaron por no habersele compensado los créditos a su favor y a cargo de la demanda que ésta había reconocido deber desde el 17 de abril de 2000, con los impuestos para cuya cancelación obtuvo facilidad de pago concedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá"³.

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que desde 1993 desarrolla el objeto para el cual fue creada, esto es el de servir como depósito habilitado para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero en beneficio de la DIAN, sin que se hubiera suscrito formalmente un contrato, sin embargo a pesar de las insistentes solicitudes la entidad pública demandada ha omitido realizar los pagos a que se encontraba obligada en virtud de lo establecido en el Decreto 1903 del 5 de agosto de 1994.

El demandante indicó que en reunión del 17 de abril de 2000, Almasur Ltda., y la DIAN se reunieron con el fin de establecer las obligaciones de las partes por virtud de las prestaciones ejecutadas; en el curso de la referida reunión la DIAN aceptó deber la suma de \$474'492.174, pero para que procediera su pago, la sociedad demandante se comprometió a solicitar una conciliación en el curso de la cual se reconocería la referida deuda. El 5 de mayo de ese año, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio respecto de la deuda, sin embargo éste fue improbadado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 19 de septiembre de 2000, por considerar que respecto de algunos de las sumas adeudadas ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

³ Fl. 42 c 1.

Señaló que a la fecha de la presentación de la demanda, no se ha verificado la ocurrencia del pago por parte de la DIAN, lo que, en criterio de la parte actora, le abre la posibilidad de demandar a dicha entidad por la vía de la acción de reparación directa. Realizó finalmente, algunas consideraciones en torno a una solicitud de compensación entre la deuda que la DIAN tenía frente a la sociedad demandante, por concepto del ya referido depósito de mercancías, y el pago de los impuestos a su cargo, sin embargo el acuerdo no se logró.

3.- Contestación de la demanda.

Notificada del auto admisorio de la demanda, la DIAN, actuando a través de apoderado judicial, la contestó para oponerse a las pretensiones de la parte actora⁴; en su libelo, la DIAN afirmó que en el *sub lite* se configuró el fenómeno de caducidad de la acción incoada, toda vez que el inicio del cómputo de dicho término debe ser el retiro de las mercancías en depósito.

Afirmó que en esa entidad pública existe un trámite previsto para el pago del servicio de bodegaje sin soporte contractual, en virtud del cual resulta necesario que sea el particular el que solicite la realización de una audiencia de conciliación para que en esa instancia se acuerde el pago, pero no se entiende las razones que llevaron a la sociedad hoy demandante a no impugnar la providencia mediante la cual se improbió el acuerdo conciliatorio inicialmente realizado; a lo que agregó que resulta inexplicable que una reclamación de \$474.000.000 se haya convertido en una pretensión resarcitoria de \$1.789'018.643, por obra de un supuesta refacturación de los servicios prestados.

Indicó, además, que el enriquecimiento sin causa no es atribuible a la DIAN, en la medida en que lo que ha impedido el pago son cuestiones de orden legal que no pueden ser obviadas por dicha entidad.

⁴ Fl. 70 a 84 c 1. En memorial del 4 de febrero de 2002, la DIAN contestó la aclaración y corrección de la demanda, para lo cual reprodujo, de manera general, los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, fl. 161 a 169 c 1.

Propuso como excepciones las de: **i)** caducidad de la acción de reparación directa; **ii)** indebida acumulación de pretensiones

En memorial del 24 de mayo de 2002⁵, la sociedad demandante se pronunció acerca de las excepciones planteadas por la DIAN para manifestar su inconformidad, alegando principalmente que el fenómeno de la caducidad no habría operado en el *sub lite* respecto de la totalidad de lo adeudado, pues la entidad misma afirma deber dichos dineros.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- En sus alegatos de conclusión⁶, la parte actora, a la luz de las pruebas recaudadas en el expediente, reiteró la configuración del enriquecimiento sin justa causa en el patrimonio de la entidad pública demandada y que, por lo tanto, se le debe condenar al pago de lo probado en el proceso.

4.2.- La parte demandada, en esta oportunidad procesal⁷, intervino para reiterar los argumentos que defendió en el curso del proceso, principalmente lo atinente a la imposibilidad de realizar los pagos solicitados por la parte actora, así como la configuración del fenómeno procesal de caducidad de la acción incoada.

4.4.- El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad procesal.

5.- La sentencia apelada.

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora⁸.

⁵ Fl. 180 a 191 c 1.

⁶ Fl. 262 a 271 c 1.

⁷ Fl. 272 a 275 c 1.

⁸ Fl. 285 a 306 c ppal.

En primer lugar, el Tribunal *a quo*, luego de hacer un exhaustivo recuento de los medios de prueba recaudados en el curso del proceso, declaró la indebida acumulación de pretensiones, puesto que consideró que al encaminarse la acción de reparación directa al resarcimiento de los perjuicios derivados del enriquecimiento sin justa causa de la DIAN, no resulta dable pronunciarse acerca de la pretensión relativa a la negativa de realizar la compensación de la obligación tributaria de la cual era sujeto pasivo la sociedad hoy demandante.

En segundo lugar, el fallador de primera instancia realizó algunas consideraciones en torno al efecto del auto que improbo el acuerdo conciliatorio para concluir que, en casos en que el fundamento de la improbación lo constituya la caducidad de la acción de reparación directa, éste tendrá efectos de cosa juzgada, razón por la cual consideró que las prestaciones que realizó la parte demandante entre 1997 y 1998 no podrían ser ventiladas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la ocurrencia del fenómeno procesal de la caducidad. Indicó, además, que teniendo en cuenta que el cómputo del referido término inicia en el momento en que se realiza el retiro definitivo de las mercancías, la acción resarcitoria tendiente a obtener el pago de las prestaciones realizadas con anterioridad al 9 de febrero de 1999 se encuentra caducada en el *sub lite*.

Finalmente, el Tribunal *a quo* encontró acreditado que la DIAN, debiendo efectuar el pago de las prestaciones realizadas con posterioridad al 9 de febrero de 1999, no lo hizo, razón por la cual se entiende configurada su responsabilidad patrimonial en el *sub lite*. En la liquidación de los perjuicios, ordenó el pago del daño emergente consistente en el dinero dejado de percibir por el concepto de bodegaje, teniendo en cuenta para tal efecto el valor establecido en los cuadros de liquidación realizados con ocasión del retiro definitivo de las mercancías, lo cual resultó en un valor, actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia, de \$638'182.345,11.

6.- La apelación.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicho proveído⁹, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo*, en auto

⁹ Fl. 308 c ppal.

del 23 de marzo de 2006¹⁰, se sustentó mediante memorial del 13 de junio de 2006¹¹ y fue admitido por esta Corporación mediante auto del 18 de julio de 2006¹².

El recurrente sustentó su inconformidad en que: **i)** la providencia que declara improbadamente un acuerdo conciliatorio no transita a cosa juzgada, pues la ley no le otorga esos efectos; **ii)** afirmó que el término de caducidad no debió computarse con los parámetros establecidos por el fallador de primera instancia, sino que se debió tener en cuenta la fecha de la reunión del 17 de abril de 2000 en la que la DIAN aceptó la deuda por \$472'942.174; **iii)** se debió condenar al pago de los intereses moratorios, no siendo suficiente, para atender el principio de reparación integral, la actualización de la condena; **iv)** se debe tener en cuenta el pago del bodegaje de la mercancía no retirada, pues a pesar de que no se haya hecho su retiro, ello no implica que no se deba realizar el pago oportuno del servicio prestado.

Por lo anterior, la parte actora solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda íntegramente a las pretensiones de la demanda.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1.- La parte actora guardó silencio en esta oportunidad procesal.

7.2.- La DIAN, en sus alegatos de conclusión¹³, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

8. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público, en su intervención¹⁴, tras un concienzudo análisis de las normas aplicables al caso concreto, se mostró en total acuerdo con la sentencia de primera instancia.

¹⁰ Fl. 310 a 311 c ppal.

¹¹ Fl. 317 a 341 c ppal.

¹² Fl. 343 c ppal.

¹³ Fl. 347 a 350 c ppal.

¹⁴ Fl. 364 a 380 c ppal.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el día 2 de marzo de 2006, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1.- La competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2006, por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, comoquiera que la demanda se presentó el 21 de junio de 2001 y la pretensión mayor se estimó en la suma de \$474'942.174 por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es \$143'000.000¹⁵.

2.- Los acuerdos conciliatorios improbados por la Jurisdicción en el caso en litigio.

2.1.- Mediante conciliación prejudicial del 21 de junio de 2000¹⁶, realizada ante la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la DIAN accedió a pagarle a la sociedad Almasur Ltda., la suma de \$474'942.174.00, por concepto de *"la prestación del servicio de bodegaje en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, correspondiente a la factura No. 091674, del 4 de mayo de 2000"*.

¹⁵ Recuérdese que para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, cuyo recurso de apelación hubiere sido interpuesto bajo la vigencia de la Ley 954 de 2005 –desde el 28 de abril de 2005–, pudiese acceder efectivamente a la segunda instancia requeriría que la cuantía del mismo excediese la suma equivalente a 500 SMLMV vigentes al momento de presentación de la demanda, esto es, para el caso concreto, \$143'000.000.00; al respecto ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 28 de marzo de 2006, Exp. 7678-2005.

¹⁶ Fl. 166 a 169 c 2.

Ese acuerdo conciliatorio fue improbadado por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 19 de septiembre de 2000¹⁷; para resolver el asunto, el referido Tribunal consideró:

“El objeto de la presente conciliación es dirimir las diferencias surgidas con ocasión del depósito de mercancías que se encuentran en proceso de importación y que fueron tardíamente declaradas en abandono por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entendiéndose que ésta última adeuda a Almasur Ltda., los valores causados por concepto de bodegaje desde que se venció el término de permanencia (60) días y hasta el retiro definitivo de éstas por la DIAN.

“No obstante los listados anteriormente referidos hacen referencia a mercancías retiradas en distintas fechas, dentro de las cuales se encuentran comprendidas fechas oscilantes entre el año 1994 al 2000, en este orden de ideas encontramos que con respecto a las mercancías retiradas en los años 1994 a 1997 obró el fenómeno de la caducidad, pues han transcurrido a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación (mayo 15 del 2000 ver folio 3) más de dos años, debiéndose haber excluido del acuerdo los valores correspondientes a estos años, los determinados entre otros a folios 148, 154, 155, 156, 158, 159, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170, 171, 173, 174”.

2.2.- En el desarrollo del trámite en esta instancia, las partes solicitaron la realización de una audiencia de conciliación, la cual se realizó ante la Sección Tercera el 22 de noviembre de 2007¹⁸; en dicha diligencia, las partes acordaron:

“La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- pagará a la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio Limitada ‘Almasur Ltda.’, hoy Almacenadora Suramericana del Comercio S.A. ‘Almasur S.A.’, la suma de siete mil doscientos sesenta y ocho millones cuatrocientos cuarenta mil doscientos cincuenta y seis pesos con diez y ocho centavos (\$7.268.440.256.18) moneda corriente, incluido el IVA, que le será cancelada dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la copia auténtica del auto aprobatorio de la presente conciliación con constancia de notificación y ejecutoria, a la Subsecretaría de Recursos Financieros de la DIAN, sin reconocimiento de intereses o indexación de ninguna índole durante este período”.

En providencia del 21 de mayo de 2008¹⁹, la Sección Tercera improbió el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, por cuanto:

¹⁷ Fl. 170 a 172 c 2.

¹⁸ Fl. 415 a 427 c ppal.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de mayo de 2008, C.P. Enrique Gil Botero.

“Revisado el expediente, encuentra la Sala que a pesar de que el presente acuerdo cumple algunos de estos requisitos [los de la Ley 446 de 1998, para la aprobación de los acuerdos conciliatorios], las pruebas allegadas a éste no permiten a la Corporación, en esta sede, tener certeza sobre la no vulneración de la ley y del patrimonio público, presupuesto que es necesario para la procedencia de la aprobación en sede judicial de un acuerdo conciliatorio en materia administrativa.

“Además debe tenerse en cuenta que la suma conciliada supera de manera amplia el valor de la indemnización a la cual se condenó en la sentencia de primera instancia ...”.

3.- El objeto del recurso de apelación.

Las razones de inconformidad de la parte demandada –única apelante en el presente asunto- estuvieron dirigidas a obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con fundamento, en los siguientes aspectos:

i) “Debe revocarse el artículo primero resolutivo de la sentencia atacada, en cuanto declaró de oficio probada la excepción de cosa juzgada en relación a la caducidad de algunos valores que por bodegajes adeuda la DIAN a la actora y que fueron objeto del acuerdo conciliatorio logrado el 21 de junio de 2000, pero que resultó improbadado mediante auto del 19 de septiembre de 2000 de la Sección Tercera, Subsección B del mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca”²⁰, puesto que, en su criterio, un acuerdo conciliatorio improbadado no puede hacer tránsito a cosa juzgada.

ii) “Debe revocarse la sentencia impugnada, y así lo pedimos, en cuanto en su artículo resolutivo segundo declaró probada la excepción de caducidad respecto de los bodegajes de mercancías que fueron retiradas definitivamente entre 1998 y el 8 de febrero de 1999 ...”²¹, por cuanto en su criterio la obligación de pagar para la entidad demandada surgió a partir del 17 de abril de 2000, fecha en la cual se aceptó la deuda por parte de la DIAN.

²⁰ Fl. 326 c ppal.

²¹ Fl. 327 c ppal.

iii) “Debe igualmente revocarse la sentencia apelada en cuanto en su artículo resolutivo sexto decide negar las demás pretensiones de la demanda ...”²², pues, en su criterio, se omitió la aplicación del principio de reparación integral contemplado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 al no haberse condenado al pago de intereses moratorios.

iv) “Debe revocarse igualmente la sentencia impugnada que decide en su artículo resolutivo sexto negar las demás pretensiones de la demanda y en cuanto dispone excluir de la condena ordenada en su artículo resolutivo ‘cuarto’ y ‘quinto’ el valor ‘de los bodegajes de mercancías retiradas después del 30 de abril de 2001 (esta última fecha según las pretensiones contenidas en la reforma a la demanda allegada el 11 de septiembre de 2001)”²³, por cuanto, según su entender, se debió condenar a la DIAN al pago del servicio de bodegaje de las mercancías que se retiraron con posterioridad a la presentación de la demanda, en particular a la que hacen referencias las pretensiones 2.1. y 2.2. de la aclaración de la demanda.

Al respecto, la Sala encuentra pertinente reiterar²⁴, por su importancia para la decisión que se adopta en esta oportunidad, que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..)”*
(Negrillas adicionales).

²² Fl. 333 c ppal.

²³ Fl. 336 c ppal.

²⁴ Las siguientes consideraciones fueron también expuestas en Sentencia del 9 de febrero de 2012, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia el marco fundamental de su competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en el recurso respectivo en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²⁵ de la sentencia como el principio dispositivo²⁶, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*²⁷.

En relación con la regla general mencionada, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, **i)** de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; **ii)** de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y

²⁵ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²⁶ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

*“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”***

“Son características de esta regla las siguientes:

*“(…). **El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado”** (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.*

²⁷ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

consiguiente ratificación de Tratados Internacionales, en particular aquellos relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o **iii)** de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, aunque no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada²⁸.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de agosto de 2010²⁹, puntualizó lo que se deja expuesto acerca de la existencia de la regla general en cuya virtud la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por el alcance del respectivo recurso de alzada:

“Al tenor del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 368, ejusdem, el fallo debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y con las excepciones propuestas por el accionado, o que el juez ha debido reconocer de oficio, de modo que si el juzgador deja de pronunciarse sobre lo que en esa medida le corresponde, o se extralimita, quien resulte afectado con ese pronunciamiento constitutivo de un error ‘in procedendo’, para enmendarlo cuenta con la referida causal de casación.

“En reciente decisión la Corporación reiteró que concordante con el principio dispositivo, el postulado de la congruencia supone ‘una labor comparativa indispensable entre el contenido de fondo de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el juzgador en el respectivo fallo, con el fin de establecer una de las tres causas de ocurrencia de la anomalía en cuestión: La de ser la resolución impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (extra petita); la de ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide (ultra petita); y en fin, la de ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que, además de aparecer probadas, hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley (citra petita) (...) (Sentencia de casación civil de 7 de octubre de 2009, exp. 2003-00164).

²⁸ En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Ruth Marina Díaz, expediente No. 05001-3103-001-2002

(...)

“Ante esa circunstancia lo primero que resulta pertinente precisar es el tema de la competencia del ad quem, la cual está orientada por los parámetros previstos en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que en su parte pertinente reza: ‘La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones’.

“Esta Corporación al estudiar el alcance del citado precepto comentó en sentencia de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01, que ‘(...) la norma establece que la apelación se entiende interpuesta ‘en lo desfavorable al apelante’, regla de alto valor constitucional pues consagra la interdicción de la reformativo in pejus. En suma, esta primera regla impide desmejorar la posición del apelante único; **no obstante, esa parte del precepto no puede leerse como una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad nutum determinar libremente ‘qué es lo desfavorable al recurrente’, pues a renglón seguido la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual ‘no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’.** (Se deja destacado en negrillas).

“**Otro aspecto de importancia en el desarrollo de la alzada lo constituye la sustentación**, requisito que contempla el parágrafo 1º del canon 352, ibídem, según la modificación que introdujo el precepto 36 de la Ley 794 de 2003, el cual reclama que ‘(...) el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia’, y como consecuencia de ello reconoció la Corte en el citado fallo, que en ‘ese escenario, **el juez de segunda instancia no puede suplantar a la parte interesada en la labor de determinar el alcance de la protesta o para fijar qué es ‘lo desfavorable’ al recurrente**, pues tal intervención además de inopinada y sorpresiva, quedaría a salvo de cualquier posibilidad de réplica, y por lo mismo de control de las partes; así, ante una construcción hecha por el juez en la sentencia de segunda instancia, mediante la cual define a última hora, qué considera desfavorable al apelante, éste mismo podría verse sorprendido y sin más opciones.

“En párrafo posterior se indica, que ‘(...) corolario de todo lo dicho, queda la afirmación de que **el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia**, ni puede concretar sin ataduras ‘que es lo desfavorable al apelante’, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no sólo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo (...)” (Subrayas y negrillas adicionales).

Así pues por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley,

tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez³⁰. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, al punto de que su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

“Ninguna precisión resultaría necesaria efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo”³¹.

En reciente pronunciamiento efectuado por esta Sala, se precisó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”³².

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o

³⁰ Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alier Hernández Enríquez.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: **i).**– En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; **ii).**– En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)³³.

³³ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

"En efecto, la no reformatio in pejus, o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos³⁴:

*"Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum' (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agrava, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**" (Se resalta y subraya)*

La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio³⁵.

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual "[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso", de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700) y sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos³⁶.

De esta manera resulta claro, al ser postura consolidada y unificada de la Sala, que el límite material para las competencias del juez superior lo constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, lo cual se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

4.- El caso concreto.

4.1.- La postura jurisprudencial unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera en torno a la procedencia del enriquecimiento sin justa causa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Sala venía reconociendo el carácter autónomo de la *actio in rem verso* cuando quiera que se pretenda la declaración del enriquecimiento sin justa causa de la parte demandada y el consecuente restablecimiento del desequilibrio patrimonial generado por tal situación, sin embargo, no es menos cierto que la Sala llegó a esa conclusión partiendo de una interpretación restrictiva de las acciones consagradas en el C.C.A., y de un análisis que la Sala Plena de la Sección Tercera rectificó en reciente providencia respecto del alcance de la acción de reparación directa en el ordenamiento jurídico colombiano.

³⁶ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

En sentencia de unificación de jurisprudencia la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, del 19 de noviembre de 2012, sentó su posición en torno a la procedencia de la acción de reparación directa como el cauce adecuado para ventilar judicialmente las pretensiones relativas al enriquecimiento sin justa causa, así como el carácter excepcional de su procedencia; en aquella ocasión se afirmó:

*“... 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 Justicia³⁷ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831³⁸ 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 imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables 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.

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

³⁸ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

“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.

(...)

“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 construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*

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 4° 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 prohija 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 *condictio* 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 acción.

“Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la actio de in rem verso, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C.C.A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 ibídem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento.

“Por consiguiente, de la actio de in rem verso, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos³⁹ y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.

“Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 SLMLM conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos⁴⁰ y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones” (negritas por fuera del texto)⁴¹.

En este orden de ideas, la Sección unificó su posición jurisprudencial en torno a que la pretensión del enriquecimiento sin justa causa se debe ventilar en sede judicial a través de la acción de reparación directa, limitando a tres hipótesis, reseñadas en el numeral 12.2 de la providencia que se cita, la procedencia excepcional de la mencionada pretensión. Sin embargo, a pesar del precedente jurisprudencial de unificación transcrito, la Sala no valorará los hechos del caso bajo su prisma, en atención que, como se indicó en el acápite correspondiente, la única que recurrió la sentencia fue la parte actora, por lo que, en virtud del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, no se entrará a analizar si procedía o no en el *sub lite* la declaratoria de la responsabilidad de la entidad pública demandada.

³⁹ Numeral 6 del artículo 134B del C.C.A.

⁴⁰ Numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

4.2.- La declaratoria de cosa juzgada realizada por el Tribunal a quo.

El Tribunal a quo declaró la configuración de la cosa juzgada respecto de las mercancías retiradas entre 1994 y 1997, respecto de las cuales se consideró que habían transcurrido más de dos años entre la ocurrencia de dicha situación y la solicitud de conciliación y consideró al respecto:

"... el accionante presenta acción de reparación directa, aduciendo un enriquecimiento sin justa causa en contra de la DIAN, incluyendo dentro de su reclamación los mismos servicios de bodegaje que fueron objeto de decisión por parte de esta Corporación, al improbar el acuerdo conciliatorio logrado inicialmente por un valor de \$474.942.174,00.

"Tal y como se anotó en las consideraciones generales sobre los efectos del auto improbatario de la conciliación prejudicial, si el fundamento de la improbación se refiere a la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción, el interesado pierde la posibilidad de celebrar una nueva conciliación e, incluso, de acceder a la administración de justicia. No obstante es claro que, en el presente caso, la caducidad como fundamento de improbación de la conciliación, se refirió, no a todos los servicios de bodegaje, sino únicamente a aquellos efectuados sobre mercancías retiradas en los años 1994 a 1997.

"En consecuencia, habiéndose improbado el acuerdo conciliatorio inicial con fundamento en la caducidad frente a tales servicios de bodegaje (mercancías retiradas entre 1994 y 1997), no es posible discutir nuevamente tal cuestión dentro de la presente acción, toda vez que la decisión judicial improbatatoria, encontrándose ejecutoriada (no fue objeto de impugnación), tiene efectos de cosa juzgada a los cuales debe sujetarse la presente decisión.

"En efecto, del contenido del auto improbatario de la conciliación prejudicial de fecha 19 de septiembre de 2001, según el cual operó el fenómeno de caducidad sobre los bodegajes de las mercancías retiradas definitivamente entre 1994 y 1997, se desprende con claridad que los elementos de la cosa juzgada se encuentran cumplidos y por tanto así lo declarará la Sala de oficio frente a tales bodegajes".

Para decidir de esa manera, el Tribunal a quo se apoyó en el auto del 7 de diciembre de 2000, proferido por la Sección Tercera de esta Corporación, en el cual se consideró:

"En efecto, para la Sala, no es de recibo el argumento general según el cual la providencia que improbó el acuerdo conciliatorio, celebrado entre las partes participantes, tiene el carácter de cosa juzgada como así lo sostuvo el Tribunal.

“Sólo se pierde la posibilidad de celebrar nueva conciliación e, incluso, de acceder a la jurisdicción cuando, particularmente, los fundamentos de la improbación refieren a caducidad de la acción, nulidad del acuerdo o cuando éste resulta, gravemente, lesivo para la Administración.

“La Sala estima, entonces, que la celebración de una conciliación, que resulta improbada, no cierra las puertas a la celebración de una posterior pues, no es ese, el entendimiento de la ley”⁴².

Al respecto resulta pertinente, sin embargo, señalar que no le asistió razón al Tribunal a quo al declarar la cosa juzgada respecto de los costos de bodegaje en que incurrió la sociedad demandante entre 1994 y el 9 de febrero de 1998, por las siguientes razones:

i) el pronunciamiento jurisprudencial transcrito no es aplicable en el caso concreto a título de precedente, en la medida en que se trata simplemente de un *obiter dictum* incluido en dicha providencia a título meramente ilustrativo; lo anterior, por cuanto **ii)** la disposición normativa vigente al momento de la presentación de la demanda –artículo 72 de la Ley 446 de 1998- que ahora se decide en segunda instancia era clara en determinar que “[e] acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada” (subrayas fuera del texto)⁴³, en esta perspectiva normativa y ante la claridad del legislador, toda interpretación en el sentido de darle efectos al acuerdo improbatorio de la conciliación resultaría contrario al tenor literal de la norma; de igual manera, **iii)** tanto los fundamentos del control judicial del acuerdo logrado en una conciliación prejudicial, como sus efectos, son distintos de la actividad judicial en la resolución del fondo de un litigio, considerar que el análisis de la caducidad en el curso de la aprobación de un acuerdo conciliatorio suplanta el que realizaría el juez al momento de admitir la demanda o de decidir acerca de las pretensiones, llevaría al equívoco de confundir ambas funciones corriendo el riesgo de un eventual prejuzgamiento respecto de su procedencia o su denegatoria y/o incurrir en una denegación del acceso a la administración de justicia; y, finalmente, **iv)** tal y como lo ha señalado la Subsección, “el trámite de la conciliación extrajudicial no es ni constituye en sí mismo un proceso judicial. Se trata es de un requisito de procedibilidad que deben cumplir quienes quieran o necesiten acceder a la administración de justicia, requisito que, en caso de no prosperar, permite tanto a la parte convocante como a la convocada iniciar, ahí sí,

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2000, Exp. 19052, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴³ Igual respuesta normativa se encuentra de manera expresa en el inciso final del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, a cuyo tenor: “[l]a improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada”.

*un proceso judicial y que, en caso de prosperar, pasa a un control de legalidad por parte del juez, control en el cual se deben verificar unos factores determinados, para garantizar que el acuerdo logrado no sea lesivo al patrimonio estatal, ni contrario a la ley, lo cual en ningún caso significa que se haya iniciado proceso alguno"*⁴⁴.

Por lo expuesto, la Sala revocará el numeral primero de la sentencia recurrida y procederá a analizar el segundo punto de inconformidad frente al fallo impugnado, esto es la caducidad de la acción incoada respecto de algunas de las prestaciones realizadas por la sociedad Almasur Ltda.

4.3.- El ejercicio oportuno de la acción de reparación directa.

4.3.1.- El sustento normativo de las actividades objeto de litigio.

Tal y como lo reseñó el Tribunal *a quo* y las partes en litigio, el régimen jurídico de las actividades de bodegaje impagadas se encontraba –al momento de ocurrencia de los hechos- regulada en los Decretos 1909 de 1992, 2614 de 1993, 1903 de 1994 y 2685 de 1999.

En el artículo 16 del Decreto 1909 de 1992 se estableció que “[s]in perjuicio de la entrega directa al importador, la mercancía de procedencia extranjera se depositará, durante el proceso de su importación, en depósitos habilitados para el efecto”, este depósito tendría, según el artículo 18, un término máximo de 2 meses –prorrogables hasta por 4 más-, transcurrido el cual, de no haberse obtenido la autorización de retiro de la mercancía, “la Dirección de Aduanas Nacionales declarará de oficio el abandono de la mercancía a favor de la Nación” (art. 81); estas disposiciones normativas fueron modificadas, pero quedaron prácticamente iguales, por los artículos 1 y 18 del Decreto 2614 de 1993.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 26 de febrero de 2014, Exp. 45854, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Por otra parte, en el Decreto 1903 del 5 de agosto de 1994 se estableció:

"ARTÍCULO 1o. Cuando las mercancías aprehendidas, decomisadas o con término de abandono sean objeto de legalización, los bodegajes correrán por cuenta del importador desde la fecha de ingreso de las mercancías al depósito hasta su retiro definitivo.

*"Cuando se trate de mercancías con resolución de abandono o de decomiso en firme, **la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales asumirá únicamente los gastos causados por concepto de Bodegajes desde la fecha en que se configuró el abandono o se efectuó la aprehensión de la mercancía, hasta su retiro definitivo.***

"ARTÍCULO 2o. Para aquellos casos en que se ordene la entrega de mercancías aprehendidas o se revoque el abandono o el decomiso de mercancías, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales asumirá únicamente el pago de los bodegajes causados desde el día de la aprehensión o de la declaratoria de abandono y hasta los diez (10) días calendario siguientes contados a partir de la firmeza del Acto Administrativo que ordena la entrega de dichas mercancías" (negritas por fuera del texto).

Las anteriores disposiciones normativas fueron derogadas por el Decreto 2685 de 1999; en dicho cuerpo normativo se definió el abandono de mercancías como una "[s]ituación en que se encuentra una mercancía cuando vencido el término de permanencia en depósito no ha obtenido su levante o no se ha reembarcado" (art. 1), igualmente se estableció que el tiempo ordinario de permanencia en el depósito era de 2 meses –prorrogables por 2 meses más–; en materia de bodegaje, el artículo 525 del referido Decreto estableció:

"Artículo 525.- Cuando las mercancías aprehendidas, decomisadas o con término de abandono sean objeto de legalización, los bodegajes correrán por cuenta del importador desde la fecha de ingreso de las mercancías al depósito hasta su retiro definitivo.

*"Cuando se trate de mercancías que se encuentren en abandono, decomiso en firme, o con resolución de devolución, **la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales asumirá únicamente los gastos causados por concepto de bodegajes desde la fecha en que se configuró el abandono, o se efectuó la aprehensión de la mercancía, hasta el vencimiento del plazo concedido para el retiro definitivo.** Las tarifas para el pago de este servicio serán las determinadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo con los parámetros establecidos para tal efecto*

“No habrá lugar al pago de bodegajes por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuando el depósito no informe a dicha entidad sobre las mercancías cuyo término de almacenamiento haya vencido sin que se hubiere obtenido autorización de levante”.

4.3.2.- El cómputo del término de caducidad en el *sub lite* a partir de las particularidades de la actividad realizada.

De esta manera, el régimen aplicable al caso concreto resulta claro; por un lado, los importadores tienen la obligación de pagar el costo del bodegaje –en los sitios autorizados para ello- mientras dura el trámite de legalización de la mercancía introducida al país; en caso de que se configure, entre otras situaciones, el abandono de la mercancía, ya sea voluntario o por el transcurso del término establecido en la normativa para la realización de los trámites aduaneros, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales procederá a realizar el levantamiento de las mercancías –para donarla, venderla o destruirla- y pagará el costo de bodegaje por el tiempo que transcurra entre la configuración del abandono y el retiro efectivo de la mercancía.

Para efectos prácticos, aunque sobre este punto se volverá más adelante, el desarrollo fáctico que se presentó en el *sub lite* es el siguiente: por las específicas particularidades de esta prestación, su realización no se realizó con soporte contractual sino que se ejecutaba y posteriormente, con la factura presentada, se procedía a realizar una conciliación entre el Almacén y la DIAN. La cuestión que corresponde dilucidar es la del momento en que se debe iniciar el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en el caso concreto.

En repetidas ocasiones la Sala ha reiterado que, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una consecuencia negativa del ejercicio del derecho de acción por fuera del término que la ley haya instaurado para el efecto. Así, las partes tienen la carga procesal⁴⁵ de

⁴⁵ De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean

impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y, de no hacerlo en tiempo, pierden la posibilidad de accionar ante la Jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

También se han reafirmado con vigor las diferencias sustanciales que se presentan entre la caducidad y la prescripción, entre las que se cuentan, por ejemplo, que aquella no admite suspensión salvo la excepción que se da con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las *Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001*; tampoco admite –la caducidad– renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

En este orden de ideas, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 136⁴⁶, numeral 8º, dispone frente al término para intentar la acción de reparación directa lo siguiente:

*“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de **dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho**, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”* (Negrillas adicionales).

De esa manera, la ley consagra un término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar la acción de reparación directa, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado reiteradamente que en los casos en los cuales no resulte clara la observancia del término de caducidad, su

considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem, pág 406.

⁴⁶ Modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

término debe contarse a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia⁴⁷; así lo ha considerado esta Sección del Consejo de Estado, al manifestar que:

*“Si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C.C.A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, **dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo. Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio pro actione debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción.**”⁴⁸ (Negritas adicionales).*

En el presente caso –y bajo el entendido de que la sentencia de unificación reseñada aclaró que el enriquecimiento sin justa causa es una pretensión propia de la acción de reparación directa- el hecho dañoso debe, necesariamente, consistir en la consolidación del enriquecimiento injustificado en el patrimonio de la entidad pública demandada por cuya existencia se demanda.

En el *sub lite* se tiene, respecto de la pretensión primera del escrito modificadorio de la demanda, que:

1. En reunión celebrada el 17 de abril de 2000⁴⁹, con presencia de representantes de la sociedad demandante y de la DIAN, cuyo objeto fue la “[d]efinición del valor de bodegajes a cancelar por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a la Almacenadora Suramericana del Comercio Ltda., ALMASUR”, se acordó:

“1. El valor a pagar de \$474.942.174.00 correspondiente a la inspección y disposición de la mercancía relacionada en 2169 resoluciones de abandono que se encuentran

⁴⁷ Al respecto ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, Exp. No. 12200 y Auto de 12 de diciembre de 2007, Exp. 33532, entre otros.

⁴⁸ Ricardo de Ángel Yagüez. Tratado de responsabilidad Civil. Madrid, edit. Civitas, 1993. 3ª ed., pág. 154.

⁴⁹ Fl. 173 a 175 c 2.

debidamente ejecutoriadas se estarán certificando por parte de la DIAN el día de hoy.

"2. Se acordó devolver a la Almacenadora Suramericana del Comercio Ltda., ALMASUR, el total de la facturación presentada a la fecha ya que no es necesaria para la liquidación de los bodegajes en razón a que se está tomando los actos administrativos debidamente ejecutoriados.

"3. Almasur quedó de ubicar las 37 guías para presentarlas a la DIAN con el fin de que una vez estén debidamente ejecutoriadas se liquide el bodegaje correspondiente.

"4. A más tardar el 10 de mayo del presente año el jefe de la División de Disposición de Mercancías y el Jefe de la División Comercial de la Administración Especial de Santa Fe de Bogotá deben dar curso a las 171 Resoluciones que están pendientes de disponer, con el fin de presentar la liquidación y certificación de los bodegajes correspondientes.

"5. ALMASUR se compromete a presentar la solicitud de conciliación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca entre el 24 al 28 de abril del presente año".

2. El mismo 17 de abril de 2000, el Jefe de la División de Comercialización de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá certificó:

"Que la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, adeuda a la Almacenadora Suramericana del Comercio Ltda., ALMASUR, la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones doscientos noventa y tres mil trescientos veinticuatro pesos mcte (\$474.293.324.00) por concepto de la prestación de servicios de bodegaje en la ciudad de Bogotá.

"De otra parte se deduce el faltante determinado por el valor de cuatro millones trescientos cincuenta y un mil ciento cincuenta pesos (4.351.150.00) según relación anexa.

"En consecuencia, deducida la cuenta de cobro por faltantes, el valor real que adeuda la entidad a Almasur es por la suma de cuatrocientos setenta y cuatro millones novecientos cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro pesos mcte (\$474.942.174.00)"⁵⁰.

⁵⁰ Fl. 176 c 2.

3. Al expediente se allegó, además, copia de la factura No. 091674 del 4 de mayo de 2000⁵¹, mediante la cual la sociedad Almasur Ltda., le solicitó a la DIAN el pago de \$474'942.174 por concepto de bodegajes “hasta 31/12/95 S/N Relación”.

A la luz de los hechos reseñados y en atención a que tanto los medios de convicción obrantes en el expediente como las afirmaciones de las partes en los diferentes memoriales dan cuenta de que se realizaron prestaciones de bodegaje con fechas que sobrepasan los dos años anteriores a la presentación de la demanda, dichas prestaciones se encontrarían caducadas. En efecto, según el fallador de primera instancia, *“la obligación a cargo de la DIAN, de asumir los gastos de bodegaje de las mercancías abandonadas a favor de la Nación, surge concretamente en el momento del retiro definitivo de la mercancía, debiendo asumir el bodegaje comprendido entre la configuración del abandono y el retiro de la mercancía. Por ende, si el retiro definitivo de la mercancía constituye el momento a partir del cual se causa la obligación de pago por concepto de bodegajes a cargo de la DIAN, el término de caducidad de la acción de reparación directa de dos (2) años, fundada en el enriquecimiento sin justa causa por el no pago de bodegajes de esta clase, debe contabilizarse a partir de la fecha de retiro definitivo de la mercancía por parte de la DIAN”*⁵². A idéntica conclusión llegó el agente del Ministerio Público.

El criterio de la Sala, en casos como el *sub lite*, es distinto del acogido por el Tribunal a quo; en efecto, si bien es cierto que la configuración del abandono ocurre por el sólo transcurso del tiempo⁵³ establecido en la normativa para la legalización de la

⁵¹ Fl. 6 c 2.

⁵² Fl. 301 c ppal.

⁵³ Sin embargo, es de notar que en la época de ocurrencia de los hechos objeto de la demanda el asunto no gozaba de claridad absoluta, pues tal y como se indicó en el concepto de la DIAN No. 229 de 2001:

“Según lo expuesto en el Parágrafo del artículo 115 del Decreto 2685 de 1999, vencido el término previsto en este artículo sin que se hubiere obtenido el levante, o sin que se hubiere reembarcado la mercancía, operará el abandono legal y si transcurrido el término establecido para rescatar la mercancía, no se presenta la respectiva Declaración de Legalización, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá disponer de la mercancía por ser ésta de propiedad de la Nación.

“Ahora bien, con la reciente modificación a la legislación aduanera, el artículo 89 de Resolución 7002 de 2001, modifico el artículo 453 de la Resolución 4240 de 2000, indicando que el funcionario de la División de Comercialización, comisionado para realizar el inventario y avalúo de las mercancías abandonadas, debe verificar la correspondencia de la misma, entre la información consignada en el documento de transporte y la relacionada en el acta de inventario y avalúo, de existir faltantes, el Jefe de la División de Comercialización comunicara del hecho a la División de Fiscalización, aclarando la situación presentada con la anterior norma.

mercancía y que desde ese momento hasta su efectivo retiro se entiende configurada la obligación de la DIAN de pagar el bodegaje, no lo es menos que la obligación de realizar dicha erogación surge como consecuencia de la verificación de la mercancía existente, su valuación y la liquidación concreta que se haga del respectivo servicio. Ejemplo de ello, aunque no aplicable al caso concreto, es la Orden Administrativa No. 003 del 23 de marzo de 2001⁵⁴, emitida por la Subsecretaría Comercial de la DIAN, en la que se estableció un procedimiento administrativo complejo para proceder a realizar la liquidación y pago del bodegaje en los términos del artículo 525 del Decreto 2895 de 1999, entre los que se integran un conjunto de actividades por parte de la DIAN (ingreso de mercancía en abandono –numeral 2.1.2.- su inventario y avalúo -2.1.2.1.-, su incorporación en las cuentas por concepto de bodegaje -2.1.2.2.-, entre otras) y del almacén, como por ejemplo, la pronta presentación de las facturas, para aquellos casos en que se trate de la prestación del servicio de bodegaje con almacenes respecto de los cuales la DIAN tenga un contrato de almacenamiento vigente. Interesante resulta, sin embargo, que también se estableció en el numeral 7 de la referida Orden Administrativa No. 003, un trámite denominado “*conciliación prejudicial por bodegajes*”, por cuya virtud se permite que aquellos almacenes con los que no exista contrato de almacenamiento vigente puedan solicitar su pago mediante la solicitud de una conciliación, allegando directamente a la entidad documentos como el “*cumplido del servicio*” y la solicitud de la “*certificación a la Subsecretaría de Recursos Financieros en la cual diga que la entidad no ha efectuado erogaciones por cuenta de pago de bodegajes de las cuentas objeto de conciliación*”.

Así, en criterio de la Sala, de los medios de convicción allegados al expediente, resulta claro que la obligación de pagar los servicios de bodegaje surgió a cargo de la DIAN no en el momento de la prestación del servicio sino cuando se configuró el reconocimiento de los servicios prestados, se tasó y se descontó la mercancía faltante, esto es el 17 de abril de 2000, no con anterioridad a ello. Ahora bien, ello no quiere decir que no existan serias dudas acerca de la eventual caducidad de la acción de reparación directa para reclamar dichos cobros, lo que se evidencia es que la entidad

“De lo anterior se concluye que la legislación estableció la figura del abandono legal, para aquellos casos en que transcurrido el tiempo legal no nacionalizo o se reembarcó la mercancía, evento en el cual opera automáticamente dicho abandono legal, sin que la legislación aduanera haya previsto la procedencia de la expedición de acto administrativo que así lo declare”.

⁵⁴ Obrante en el expediente a fl. 108 a 302 c 2; igualmente se encuentra disponible en: http://www.dian.gov.co/descargas/convocatorias/128_2009/DocumentosGuiaNo.2/OrdenAdmon_0003_d_e_2001.pdf.

pública demandada no aportó medios de convicción que le permitieran determinar a la Sala que dichas erogaciones se reconocieron con anterioridad a dicha fecha.

En este orden de ideas, como quiera que la demanda se presentó el 21 de junio de 2001 y que el daño se consolidó el 17 de abril de 2000, se impone concluir que la demanda se presentó en tiempo y que no se configuró la caducidad de los servicios prestados sin soporte contractual realizados con anterioridad al 9 de febrero de 1999, como lo encontró el Tribunal *a quo*, razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia en este punto.

4.4.- El reconocimiento de los intereses moratorios en el *sub lite*.

La Sala no accederá a la solicitud del reconocimiento de los *"intereses de mora comerciales liquidados a la tasa máxima legal del interés de mora bancario, desde el día 11 de mayo de 2000 hasta el día en que se efectúe el pago"*, por cuanto, tal y como se ha indicado, el demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones en que se prestaría el servicio de bodegaje sin soporte contractual, es decir, que ante la ausencia de tal soporte le correspondería, además de presentar la factura, solicitar una conciliación y esperar a que dicho mecanismo de solución de controversias fuera aprobado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en este orden de ideas no resultaría razonable considerar que se configuró alguna de las causales que permitirían entender que el cobro era exigible, que se incumplió la obligación en el término legal y/o que se hubiere constituido en mora a la entidad pública demandada, según los términos del artículo 1608 del Código Civil, a cuyo tenor:

"1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

"1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

"2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

"3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Por estas razones, entonces, se reitera que no se accederá a lo solicitado por la sociedad impugnante, la que, dicho sea de paso, no realizó solicitud alguna en torno al reconocimiento de intereses comerciales respecto de las sumas pretendidamente adeudadas.

4.4.- El reconocimiento de las obligaciones dinerarias correspondiente al servicio de bodegaje alegadamente prestado con posterioridad a la presentación de la demanda.

En el libelo modificatorio de la demanda, la sociedad demandante solicitó –pretensión segunda- lo siguiente:

"2.- Que la Nación Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales 'UAE DIAN' se enriqueció sin causa legal alguna a expensas del patrimonio de la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio Limitada 'ALMASUR LTDA.', al no haberle pagado los valores que le adeuda por concepto de bodegajes de mercancías depositados en sus instalaciones y bodegas, causados desde la fecha en que se configuró el abandono o aprehensión mediante resoluciones expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hasta la fecha de su retiro o disposición, por un valor incluido el IVA hasta el 30 de abril de 2001 de trescientos sesenta y cinco millones ciento cuarenta y seis mil ochocientos tres (365.146.803.00) pesos moneda corriente, correspondientes a las facturas números 096587, 096588, 096589, 096590, 096591 y 096592 del 18 de julio de 2001, expedidas por 'ALMASUR Ltda.' y recibidas por la 'UAE DIAN' en agosto de 2001, reemplazando las facturas 098500, 095801, 095802, 095803 y 098504 del 30 de abril de 2001 recibidas por ésta el día 4 de mayo de 2001.

"2.1.- Que en virtud de la declaración anterior se condene a la Nación Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales 'UAE DIAN' [a] cancelar a la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio Limitada 'ALMASUR LTDA.' La suma de trescientos sesenta y cinco millones ciento cuarenta y seis mil ochocientos tres (365.146.803.00) pesos moneda corriente, valor de los servicios por bodegajes de las mercancías declaradas en abandono o aprehendidas por aquella mediante las resoluciones en firme de que tratan las facturas números 096587, 096588, 096589, 096590, 096591 y 096592 del 18 de julio de 2001, expedidas por 'ALMASUR Ltda.' y recibidas por la 'UAE DIAN' en agosto de 2001 que reemplazaron y sustituyeron las facturas 098500, 095801, 095802, 095803 y 098504 del 30 de abril de 2001, recibidas el día 4 de mayo de 2001 y/o en su defecto a pagar una suma equivalente por el valor de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, que se le irrogaron a la actora por el no pago de los respectivos bodegajes de las mercancías señaladas en las cuentas y/o facturas presentadas, por el valor que se determine por peritos.

"2.2.- Que la suma que se condene pagar a la Nación Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales de trescientos sesenta y cinco millones ciento cuarenta y seis mil ochocientos tres pesos moneda corriente (365.146.803.00) a favor de la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio Limitada 'ALMASUR LTDA.', correspondiente a las facturas números 096587, 096588, 096589, 096590, 096591 y 096592 del 18 de julio de 2001 que reemplazaban o sustituían las facturas 098500, 095801, 095802, 095803 y 098504 del 30 de abril de 2001 o en su defecto la suma que se determine y precise como perjuicios por daño emergente y lucro cesante por la prueba pericial, deberá ser adicionada además aplicando los ajustes por el incremento de índices de precios al consumidor 'IPC', desde el 1º de mayo de 2001 hasta la fecha en que se efectúe el pago y/o el reembolso respectivo como lo indican los artículos 178 y 179 del CCA y además la suma actualizada monetariamente será adicionada con el valor de los intereses legales moratorios a la tasa máxima legal autorizada del doce por ciento (12%) anual, por el período comprendido entre la fecha en que se debía hacer el pago hasta la fecha en que se haga efectivo el pago o el reembolso del demandante"⁵⁵.

El Tribunal a quo, siguiendo lo determinado por el demandante en el libelo modificadorio de la demanda, el límite temporal de la demanda se determinó en los servicios de bodegaje prestados hasta el 31 de abril de 2001, consideró, respecto de dicha pretensión, lo siguiente:

"Respecto a la suma de \$365.146.803 que se deriva de los valores contenidos en las facturas #096587 a 0966592 (sic), debe aclararse que de una lectura cuidadosa de las pruebas documentales allegadas, se evidencia que estas facturas, de una parte, reemplazaron a las #95800 a 95804 y, de otra parte, incluían servicios ya contenidos en la factura inicial (la #091674) (ver comunicación de la DIAN obrante a folio 130 del cuaderno principal mediante la cual se devuelven las facturas 95800 a 95804 por tal motivo). Y, en todo caso, ninguna de las facturas aludidas refleja con detalle las fechas de retiro de la mercancía ni el valor discriminado de los diferentes bodegajes. Por tal razón, el documento que servirá de sustento probatorio para cuantificar los servicios de bodegaje a que hace referencia la segunda pretensión, son los cuadros de liquidación obrante a folios 383 -395 del cuaderno 2 (ésta es la liquidación oficial de la DIAN)"⁵⁶.

Al respecto, la Sala encuentra pertinente precisar que el principio de congruencia de las decisiones judiciales constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales reposa la actividad del juez, tal como lo determina el artículo 305 del C. de P.C., a cuyo tenor:

⁵⁵ Fl. 41 a 42 c 1.

⁵⁶ Fl. 304 c ppal.

“ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Esta Corporación, en numerosos pronunciamientos que conforman jurisprudencia constante, ha desarrollado el anterior precepto, así, se ha afirmado que:

“Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa).

“El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda.

“Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita)”⁵⁷.

En similar dirección, en reciente sentencia, esta Sección señaló:

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de septiembre de 2010, Exp. 16605, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

“De acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita)”⁵⁸.

La Corte Constitucional, por su parte, ha delimitado el alcance del principio de congruencia, el cual se enmarca dentro del derecho fundamental al debido proceso, tal como se indicó anteriormente; así, para la Corte Constitucional:

“3. Vía de hecho y principio de congruencia

3.1. El principio de congruencia se encuentra consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil ...

“Este es un concepto nuclear dentro del derecho procesal civil, en virtud del cual, el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita); de no ser así, con su actuación estaría desbordando, positiva o negativamente, los límites de su potestad. Sin embargo, en el plano constitucional y, específicamente, en el marco de la acción de tutela, la apreciación del vicio de incongruencia atribuible a determinada acción u omisión judicial, no puede ejercerse con la intensidad y extensión que le son propias a la legislación civil (y que en esa misma medida puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción ordinaria), pues lo que está en juego ahora, en sentido estricto, no es la revisión del proceso ordinario y la materia concreta sobre la que este versa (asunto que siempre será competencia del juez ordinario), sino la presunta violación de derechos fundamentales que se traducen en el desconocimiento de las garantías básicas de los sujetos que acuden a la administración de justicia, y que convierten a los actos judiciales en ejercicios arbitrarios e irrazonables de poder.

“3.2. En la ya extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la noción de vía de hecho, no existen muchos antecedentes que aludan a la violación del principio de congruencia como elemento desencadenante del juicio encomendado al juez de tutela; no obstante, es posible establecer ciertos criterios a partir de los cuales se puede apreciar si una actuación judicial en la que se reconocen derechos más allá de lo demandado configura o no una violación del Ordenamiento Superior.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de diciembre de 2011, Exp. 20410, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

"3.3. Así, la incongruencia que es capaz de tornar en de vía de hecho la acción del juez (reflejada en una providencia), es sólo aquella que 'subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y del derecho de defensa'. De esta forma, cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho, se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales.

"Estos criterios de análisis deben llevar a la conclusión de que la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado es protuberante (...) De lo contrario, el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, será insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso.

"3.4. Y ¿cuál es la razón que justifica, en sede de tutela, la aplicación de un examen sobre la congruencia de un fallo judicial, en los términos referidos? **Sin duda, la justificación se encontrará en la función encomendada al juez de amparo de proteger los derechos fundamentales de los individuos: es evidente que la incongruencia, además de sorprender a las partes del proceso, las sitúa (sic) en una situación de indefensión que, de subsistir, pese a la interposición de los recursos, y con mayor razón cuando éstos no caben o se han propuesto infructuosamente, 'se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa (artículo 29 C.P.)'**. Además, el principio de congruencia es una manifestación concreta de un valor constitucional supremo que limita el ejercicio de todo poder público. En una democracia constitucional, quien es investido de autoridad no detenta un poder nudo y propio, sino que adquiere la responsabilidad de servir a los asociados y contestar a sus demandas dando razones que demuestren que su acción no es caprichosa, arbitraria o desviada (artículos 1 y 2 de la C.P.). Cuando esa autoridad es jurisdiccional la exigencia que pesa sobre el funcionario, por las facultades que tiene de afectar derechos individuales y por su misión de garante del Estado Social de Derecho, es mayor en la medida en que las razones que debe dar para justificar sus decisiones deben ser construidas y articuladas de manera mucho más rigurosa que la de los órganos políticos. Ese esfuerzo de construcción y articulación está delimitado por el debido proceso (artículo 29 C.P.) en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó" (negritas de la Sala)⁵⁹.

En la misma dirección, en sentencia posterior la Corte Constitucional afirmó:

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

“Con respecto al principio de la congruencia es claro que dicho postulado debe ser advertido por Jueces y Magistrados al proferir sus providencias, so pena, en los eventos que la incongruencia por extralimitación u omisión sea manifiesta pueda conducir la decisión judicial a una ineluctable vía de hecho. Se requiere, debe insistirse, que la disparidad entre lo pedido, lo probado y lo debatido sea notoria”⁶⁰.

Pues bien, en el presente caso no existe duda alguna que el ámbito concreto de las pretensiones de la parte actora se circunscribió, por la sociedad demandante, a los hechos ocurridos hasta la fecha de modificación de la demanda, es decir, la mercancía debidamente retirada hasta ese momento, cuyos gastos hayan sido reconocidos por la DIAN. Por lo anterior, la Sala no modificará la sentencia de primera instancia en este punto.

4.5.- Sobre la indebida acumulación de pretensiones.

Tiene razón la parte impugnante al considerar que el Tribunal a quo erró al declarar la indebida acumulación de pretensiones respecto de la pretensiones tercera del escrito modificatorio de la demanda, por cuya virtud se solicitó:

“3. Que se condene además a la demandada a pagar a la actora los perjuicios de todo orden que se le irrogaron por no habersele compensado los créditos a su favor y a cargo de la demandada que ésta le había reconocido deber desde el 17 de abril de 2000, con los impuestos para cuya cancelación obtuvo facilidad de pago concedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá”.

En este sentido, a diferencia de lo considerado por el Tribunal a quo, el hecho de que haya existido un enriquecimiento sin justa causa no obsta para que, por razones distintas pero íntimamente ligadas, se busque el resarcimiento de los perjuicios generados por la conducta de la administración pública. En el presente caso, la pretensión de enriquecimiento sin justa causa por la omisión en el pago de las prestaciones derivadas del servicio de bodegaje, no excluye la solicitud de los perjuicios derivados que se pudieren generar con ocasión de la pretendida omisión en

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-560 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

acceder a la compensación de deudas referida por la sociedad demandante, en la medida en que dichas pretensiones no son excluyentes entre sí, la competencia se encuentra radicada en el mismo juez y todas pueden tramitarse por el mismo procedimiento (artículos 145 del C.C.A. y 82 del C. de P.C.).

Cuestión distinta es que en el presente caso dicha supuesta omisión no haya comprometido la responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida en que se trata de decisiones que autónomamente puede tomar la DIAN sin que en el caso particular se pueda considerar incumplido algún deber por su parte o que dicha situación sea constitutiva de un daño antijurídico. Por otro lado, en caso de que se haya negado de manera efectiva y concreta dicha compensación, cualquier demanda respecto de ello debió haberse ventilado mediante la acción –ahora medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante la acción de reparación directa.

5.- La liquidación de la condena.

El Tribunal *a quo* tomó como base para la liquidación de la condena la sumatoria de los cuadros de liquidación de cada uno de los valores por concepto del servicio de bodegaje prestado respecto de la mercancía abandonada; sin embargo, la Sala en atención a que, por una parte, la determinación del valor de la prestación de bodegaje dependa de la certificación que para tal efecto emita la DIAN –lo que dicho sea de paso serviría de base para la solicitud de conciliación y la posterior obtención del pago de los servicios prestados sin soporte contractual-, que, en este caso, no fueron discutidas por la parte actora y, por la otra, reconociendo el carácter compensatorio de la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, tomará como base de la liquidación los valores que la entidad pública demandada ha reconocido deberle a la sociedad actora en las diferentes piezas obrantes en el expediente. Al respecto, al plenario se allegaron los siguientes medios de convicción:

1. Certificación No. 03071208 del 8 de mayo de 2003 expedida por el jefe de la División de Comercialización de la DIAN, dirigida al Subsecretario Comercial de la misma entidad; en dicho documento se puede leer:

"Dando contestación a su solicitud hecha con oficio 720000-0429, recibida el 07/04/03, adjunto enviamos la certificación por concepto de bodegajes de mercancía que fue dispuesta desde el año 2001 hasta la fecha, por valor de \$375.626.888.37.

"Igualmente, dando respuesta a cada uno de los puntos solicitados en su oficio, le comunicamos lo siguiente:

"1. Las certificaciones expedidas por esta Administración, son las siguientes:

"Certificación del 17/04/00, por valor de\$474.942.174.00

"Certificación del 10/09/01, por valor de\$104.292.964.00

"Certificación del 07/05/03, por valor de\$375.626.886.00

"2. El valor que se adeuda a Almasur por concepto de bodegajes de mercancías que están en sus bodegas se informará una vez se termine con la inspección física en este depósito..."⁶¹.

Lo cual concuerda con lo indicado en la certificación allegada al expediente por la entidad pública demandada⁶², en la que se certificó que "[l]os costos de bodegajes correspondientes a las mercancías en abandono almacenada en el depósito Almasur Ltda., ascienden a la suma de \$584.235.138.00, quinientos ochenta y cuatro millones doscientos treinta y cinco mil ciento treinta y ocho pesos, tal como se ha informado en las certificaciones expedidas por esta administración"⁶³; cifra que corresponde a la sumatoria de las certificaciones expedidas en abril de 2000 y en septiembre de 2001.

Con el fin de actualizar la condena se tendrán en cuenta las fechas de expedición de los certificados, momento en que se consolidó la deuda de la DIAN frente a la sociedad demandante.

$$Ra1 = Rh (\$474'492.174) \times \frac{\text{índice final - julio/15 (122.30)}}{\text{índice inicial - abril/00 (60.67)}}$$

⁶¹ Fl. 303 c 2.

⁶² Fl. 195 c 1.

⁶³ Fl. 197 c 1.

Ra1= \$957'399.503,oo.

$$Ra2 = Rh (\$109'292.964) \times \frac{\text{índice final – julio/15 (122.30)}}{\text{índice inicial – septiembre/01 (66.30)}}$$

Ra2= \$ 201'606.780,oo.

Total perjuicios materiales (Ra1+Ra2)= \$1.159'006.283,oo

6.- Admonición a la entidad pública demandada.

Aun cuando en el *sub lite* se haya reconocido la responsabilidad de la entidad pública demandada en el presente caso y haya ordenado el pago de los perjuicios irrogados a la sociedad demandante por los hechos objeto de la demanda, resulta imperativo para la Sala poner de presente a la DIAN las complicaciones que se generan por una gestión inadecuada de las obligaciones que se le imponen para solucionar situaciones fácticas como las del abandono legal de mercancías.

La Sala insta a la DIAN a que revise sus protocolos, en particular la Orden Administrativa No. 003 de 2001, con el fin de evitar que la conciliación, prejudicial o extrajudicial, se utilice como un mecanismo para generar erogaciones sin soporte contractual en tratándose de prestaciones de bodegaje que benefician a la entidad, en las que al cabo varios años después de haberse realizado las prestaciones todavía se están reconociendo mediante certificaciones deudas cuyo pago se debió haber efectuado de una manera más adecuada.

Resulta importante entonces que, para que exista un manejo presupuestal correcto, se establezcan herramientas jurídicas que permitan darle un ropaje jurídico adecuado a este tipo de servicios de bodegaje en los que por disposición legal la obligación del importador se transforma en una obligación de la DIAN; empero la Sala debe

enérgicamente señalar que ni la conciliación ni los procesos contencioso administrativos constituyen ni pueden constituir un sucedáneo a la celebración de negocios jurídicos, como tampoco pueden ser usados por la DIAN como un mecanismo para salvaguardar la responsabilidad que le corresponde de realizar una gestión adecuada de los servicios que necesita de los particulares.

El presente caso es dramáticamente indicativa de la mala gestión de los recursos a la que se hace referencia, pues en dos ocasiones la Jurisdicción (en 2001 y en 2008) improbió las conciliaciones realizadas por las partes, principalmente por la falta de claridad en cuanto a las prestaciones realizadas por la sociedad demandante en su momento, pero también porque habiendo sido condenada la entidad al pago de una suma de dinero en el año de 2006 a la suma de \$638.182.345,11, realizó un acuerdo conciliatorio por \$7.268'440.256.18, más de 10 veces a lo que fue condenada, lo que no permitía tener certeza acerca de su carácter no lesivo para el patrimonio público.

En cualquier caso, este tipo de situaciones y la indebida utilización de los mecanismos judiciales y prejudiciales lleva a la Sala a instar a la DIAN a buscar mecanismos distintos a los que viene utilizando para obtener los referidos servicios de bodegaje y pagarlos como le corresponde, atendiendo los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política.

7.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el día 2 de marzo de 2006, la cual quedará así:

“PRIMERO.- Declárese administrativamente responsable a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por el enriquecimiento sin justa causa y el correlativo empobrecimiento sufrido por la sociedad demandante Almacenadora Suramericana del Comercio – Almasur Ltda., con ocasión del no pago de los servicios de bodegaje de mercancías abandonadas relacionados en las certificaciones expedidas por la entidad demandada el 17 de abril de 2000 y el 10 de septiembre de 2001.

“SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la DIAN, a pagar por concepto de perjuicios materiales causados a la sociedad Almacenadora Suramericana del Comercio – Almasur Ltda., la suma de mil ciento cincuenta y nueve millones seis mil doscientos ochenta y tres pesos mcte (\$1.159'006.283.00).

“TERCERO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

“CUARTO.- Para el cumplimiento de la presente sentencia, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEGUNDO: Expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

