

Cartagena de Indias D. T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13001-33-33-005-2010-00060-01
Demandante	COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESIONALES DEL CARIBE – PROCARIBE
Demandado	ESE HOSPITAL SAN PABLO EN LIQUIDACIÓN – FIDUPREVISORA S.A. Y DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	<i>Revoca – Existe una indebida escogencia del medio de control – Actio in rem verso no es procedente cuando el origen del daño son actos administrativos respecto de los cuales existen inconformidades – Se adecua la demanda a nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, está demostrada la excepción de caducidad de la acción.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar resuelve los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante¹ y demandada², Departamento de Bolívar, contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)³, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵

1.- Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Departamento de Bolívar y al Patrimonio Autónomo ESE Hospital San Pablo por los perjuicios causados a la demandante, por no haber pagado los saldos adeudados con ocasión de *“los servicios prestados en ejecución de los contratos de suministro humano capacitado en y para la prestación de servicios integrales de aseo y limpieza, mantenimiento preventivo y correctivo de estructura física interna y externa, control, cuidado y manejo de áreas de acceso y salida del hospital, asistencia y administración de las diferentes áreas administrativas requeridas por el hospital,*

¹ Fols. 654 – 660 cdno 4 (54 – 60 exp. Dig)

² Fols. 697 – 704 cdno 4 (97 – 104 exp. Dig)48-51

³ Fols. 616 – 646 cdno 4 (16 – 46 exp. Dig)

⁴ Fols. 1 – 19 cdno 1 (1 – 19 exp. Dig)

⁵ Fols. 1 – 2 cdno 1 (1 – 2 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

operación técnica y mantenimiento preventivo y correctivo de las redes hardware, software de sistemas, a la ese antes de entrar en liquidación".

2.- Que, como consecuencia de las declaraciones que anteceden, se ordene a las entidades demandadas a pagar las sumas adeudadas por concepto de los servicios facturados y relacionados en la demanda, o los que aparezcan demostrados en el curso del proceso. De no ser posible lo anterior, solicita que, de manera subsidiaria, se profiera condena en abstracto, la cual deberá ser definida en incidente según el artículo 172 del CCA.

3.- Que la condena impuesta, sea actualizada de conformidad con el artículo 178 del CCA, con la inclusión de los intereses corrientes y moratorios causado, así como la variación del IPC desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la sentencia.

4.- Que la condena se cumpla conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del CCA, y se condene en costas a los demandados.

3.1.2 Hechos⁶

La parte actora, relató que presentó reclamación ante la ESE Hospital San Pablo en Liquidación, con el objeto de obtener el pago de los servicios prestados a la entidad, por valor total de \$1.048.193.205, la cual se encuentra soportada en las facturas Nos. 1 – 9, 13, 16, 17, 21 – 26, 33, 35, 38, 39 – 42.

Por medio de las Resoluciones No. 051 del 19 de mayo, y No. 217 del 29 de septiembre de 2008, confirmada a través de la Resolución No. 305 del 05 de noviembre del mismo año, el liquidador de la ESE resolvió rechazar las acreencias presentadas, invocando como motivos los siguientes códigos de glosa:

- 1A, no se acredita la existencia de la obligación a cargo de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, falta absoluta o parcial de soportes
- 1B, el bien o servicio no fue autorizado por la entidad o se reclama deuda que no fue contabilizada
- 1F, el CDP es posterior a la fecha de perfeccionamiento de la obligación
- 4A, pagado parcialmente
- 4B, pagado totalmente.

Expuso que, se allanaba a la glosa 4A frente a las facturas Nos. 1, 2, 3 y 13; a la 4B en cuanto a las facturas 4, 16 y 39; y 1B en relación con las facturas 7, 8 y 9, por corresponder a los periodos reclamados mediante facturas Nos. 13, 16 y 17. Una vez cotejada la información contable de la entidad con el certificado de servicios adeudados expedido por su tesorero, solo resultó una inconsistencia respecto de la factura No. 39, por no haberse tenido en cuenta

⁶ Fols. 2 – 10 cdno 1 (2 – 10 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

por parte del funcionario el abono de \$25.000.000; resultando del cruce de saldos reportados, una deuda total de \$502.604-875 a su favor.

Concluyó afirmando que, la resistencia de la ESE al pago de los servicios con fundamento en requisitos de forma, pese a reconocer los servicios prestados y su correlativa obligación de pago, genera una disminución del patrimonio de Procaribe y un consecuente enriquecimiento sin causa del ente demandado.

3.2 CONTESTACIÓN.

3.2.1 Fiduprevisora S.A.⁷

La entidad sostuvo que, en cumplimiento de su objeto social, celebró contrato de fiducia mercantil No. 3-113236 con la ESE Hospital San Pablo, con el fin de constituir un patrimonio autónomo para que administrara los recursos fideicomitidos, realizara los pagos ordenados por el fideicomitente y la administración, recuperara y recaudara los activos contingentes, entre otras.

Refirió que, el mentado contrato terminó el 02 de julio de 2010, y con él se extinguió el patrimonio autónomo constituido, así como las obligaciones contraídas jurídicas y contractuales por la fiduciaria; en razón de lo anterior, una vez presentado el informe de liquidación y rendición de cuentas, el 31 de agosto de 2010, se hizo la entrega formal de los remanentes y las obligaciones existentes al fideicomitente, es decir, al Departamento de Bolívar, mediante la suscripción de acta de entrega y recibo por ello, la fiduciaria está impedida para asumir directa o indirectamente las obligaciones de la ESE.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) imposibilidad para que Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del patrimonio extinto, comparezca a la litis como parte demandada; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iii) intangibilidad del patrimonio propio de la Fiduciaria la Previsora S.A.; (iv) inexistencia de la obligación; y (v) excepción innominada

3.2.2 Departamento de Bolívar⁸.

El ente territorial se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante, argumentando que la ESE accionada es la llamada a responder por lo pedido, pues con ella se dio la relación jurídica que originó la demanda y fue quien recibió el servicio; además, es una entidad con personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio propio, distinta al Departamento, que solo se limita a asesorarla, pues el agente liquidador es quien dirige y resuelve las solicitudes de los acreedores.

⁷ Fols. 377 – 384 cdno 2 (172 – 179 exp. Dig)

⁸ Fols. 416 – 424 cdno 3 (12 – 20 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

Señaló que, no se configuran los elementos del enriquecimiento sin causa dentro del asunto, por no haber existido un vínculo contractual o legal entre la demandante y el Departamento, por no haber recibido servicio alguno respecto del cual se encuentre obligado a reconocer una contraprestación, ni ser el representante legal o el ordenador del gasto de la ESE.

Adicionalmente, explicó que, el daño invocado se deriva del acto administrativo expedido por el liquidador, el cual goza de presunción de legalidad, es definitivo y pasible de control jurisdiccional, no siendo el medio de control de reparación directa la vía adecuada para exigir los perjuicios causados con una decisión de la administración. En ese sentido, afirmó que, el actor no probó la existencia de sumas adeudadas a cargo del hospital, por lo que si tenía alguna inconformidad debió demandar los actos que negaron el reconocimiento de las obligaciones reclamadas, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se encuentra caducada no siendo posible revivir los términos prelucidos.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) inexistencia de relación causal; (iii) improcedencia de la acción de reparación directa por perjuicios derivados de un acto administrativo; (iv) caducidad de la acción; (v) excepción innominada; y (vi) no agotamiento de la vía gubernativa

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2016, el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió el asunto sometido a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, consideró que era procedente el medio de control de reparación directa para obtener el pago de los servicios prestados, por no discutirse la validez de los actos administrativos que rechazaron las acreencias, pues a juicio de la actora, no se podían pagar sumas de dinero sin el debido respaldo presupuestal, siendo su única alternativa la *actio in rem verso*. Bajo ese entendido, despachó desfavorablemente la excepción de caducidad de la acción, por encontrar que la resolución confirmatoria fue expedida el 05 de noviembre de 2008, y la demanda se radicó el 03 de mayo de 2010, dentro de la oportunidad legal.

Estimó que, entre Procaribe y la ESE se suscribieron tres contratos de prestación de servicios, los cuales se pasan a relacionar: (i) Contrato del 25 de agosto de 2004, por un valor total de \$120.000.000, sin especificación del plazo de ejecución; (ii) Contrato del 01 de febrero de 2005, por suma de \$250.000.000,

⁹ Fols. 616 – 646 cdno 4 (16 – 46 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

cuya vigencia se extendió hasta el 31 de julio de 2005; y (iii) Contrato del 09 de febrero de 2006, con plazo pactado hasta el 30 de abril del mismo año.

Precisó que, las facturas reclamadas Nos. 4, 6, 16, 17, 21-24 y 40-42, si bien tenían sustento contractual, fueron rechazadas por la ausencia de CDP y RDP previos, así como las Nos. 35, 38 y 39, que adicionalmente fueron glosadas por no contar con soporte contractual; no obstante, al encontrar acreditada la prestación de los servicios facturados y los valores adeudados por estos, mediante la expedición de certificados, actos administrativos y CDP posteriores, no es dable trasladar las consecuencias negativas de la omisión en las cargas formales al contratista, pues son obligaciones propias de la ESE, respecto de las cuales no puede alegar a su favor su propia culpa, máxime si se tiene en cuenta que los servicios prestados sin amparo contractual, constituyen labores esenciales del cometido de la entidad, cuya omisión conllevaría al entorpecimiento y el funcionamiento irregular. En ese sentido, ordenó reconocer el valor de \$363.865.755, debidamente actualizada, a título de compensación por el enriquecimiento injustificado de la ESE

Frente a las facturas Nos. 25, 26, 29, 33 comprendidas entre el 1 al 14 de agosto de 2006, no reconoció su valor, por no haberse demostrado la prestación de los servicios alegados.

Finalmente, consideró que el cumplimiento de la sentencia recaía en el Departamento de Bolívar en atención a su calidad de fideicomitente, condición que adquirió con posterioridad a la extinción de la ESE y del patrimonio autónomo que venía siendo administrado por Fidruprevisora, pues dentro de sus competencias se avizoraba la defensa integral de los procesos judiciales de la ese, como se desprende del contrato de fiducia mercantil y su acta de liquidación y terminación.

3.4 RECURSOS DE APELACIÓN

3.4.1 Procaribe¹⁰.

La demandante presentó recurso de apelación contra el numeral tercero de la sentencia dictada en primera instancia, que determinó el valor de la condena a pagar en la suma de \$363.865.755, por ser una cifra distinta a la pedida y al enriquecimiento sin causa probada dentro del proceso, correspondiente al valor de \$545.897.205.

Indicó que el fundamento de la decisión, se debió a la falta de valoración en debida forma de los documentos que daban cuenta de los servicios prestados por Procaribe a la ESE, durante el 01 de agosto al 14 de noviembre de 2005, reclamados a través de las facturas Nos. 25, 26, 29 y 33, tales como:

¹⁰ Fols. 654 – 660 cdno 4 (54 – 60 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

- La certificación del 20 de septiembre de 2006 expedida por el Tesorero del hospital, mediante el cual se reconocen los servicios prestados mes a mes, y en el cual se avizoran los periodos negados; documento que no fue tachado de falso, por lo que se presume auténtico y veraz
- Las actas suscritas por el subdirector administrativo de la ESE, por el gerente de Procaribe y su supervisora, que contienen en detalle y de forma expresa, el recurso humano que laboro en el hospital, entre 01 de agosto al 30 de noviembre de 2005, junto con sus costos por persona y los días trabajados.
- La Resolución No. 217 del 29 de septiembre de 2008, de la cual no se desprende que el rechazo de las facturas y la negativa a sus pagos, fueran glosados por ausencia o falta de prestación de los servicios, sino que consistieron en otros aspectos.

3.4.2 Departamento de Bolívar¹¹.

Como reparos al fallo de primera instancia, el ente territorial alegó los siguientes:

- Falta de legitimación en la causa: reiteró los argumentos relacionados en la contestación de la demanda, consistentes en la falta de vínculo contractual o legal con el demandante, por el contrario, el servicio cuyo pago se reclama fue prestado a la ESE, quien es una entidad distinta al Departamento
- Improcedencia e indebida escogencia de la acción de reparación directa para reclamar perjuicios derivados de un acto administrativo: manifestó que, el daño cuya reparación de persigue está constituido por los actos administrativos que negaron el reconocimiento de las obligaciones reclamadas, los cuales existen y se encuentran surtiendo todos sus efectos, por lo que el actor para lograr el pago de los perjuicios derivados de aquellos, debió demandarlos a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, dicha acción está **caducada**.
- El Departamento de Bolívar no es subrogado de las obligaciones de la extinta ESE: Si bien, asumió la calidad de fideicomitente del hospital, ante la extinción de su personería jurídica, ello no significa que haya asumido la totalidad de sus obligaciones, pues esa posición contractual se extinguió una vez terminó el contrato de fiducia mercantil en julio de 2010. Además, no se cumplen los requisitos para ser su sucesor procesal, pues no existe una norma jurídica que haya obligue al Departamento de Bolívar a subrogarse o asumir los deberes de la ESE a la terminación de su existencia legal.

¹¹ Fols. 697 – 704 cdno 4 (97 – 104 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 12 de mayo de 2017¹², habiéndose proferido auto del 05 de septiembre del mismo año¹³, mediante el cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se inadmitió la alzada presentada por la parte demandante. Contra la decisión anterior, la parte actora interpuso recurso de súplica¹⁴, el 08 de septiembre de 2017, y en la misma fecha, solicitó la declaratoria de ilegalidad del referido auto¹⁵. Por medio de proveído del 08 de octubre de 2018¹⁶, se dispuso no dar trámite a la ilicitud de ilegalidad, y remitir el asunto al Despacho que sigue en turno.

El 05 de marzo de 2021¹⁷, la Sala de decisión dual No. 004 de esta Corporación, resolvió el recurso de súplica, revocando la inadmisión del recurso de apelación presentado por la demandante. Seguidamente, el 12 de abril del mismo año¹⁸, se admitió el mentado recurso, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala dual. Finalmente, mediante auto del 08 de julio de 2021¹⁹, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público, para que presentara el concepto de su competencia.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 demandante²⁰: Se ratificó en las consideraciones expuestas en el recurso de apelación.

3.6.2 demandado²¹: El Departamento de Bolívar, reiteró los argumentos del escrito de apelación, agregando que, en virtud del Convenio 0372 de 2007, celebrado con el Ministerio de Protección Social, la entidad tenía la obligación de concurrir en el financiamiento de los pasivos a cargo de la ESE dentro del proceso liquidatorio, no respecto de las obligaciones que surgieran con posterioridad a ella; y en el presente asunto, la reclamación presentada por la actora fue negada por el liquidador, motivo por el cual reconocer las pretensiones va en contravía de las reglas del proceso liquidatorio y la existencia de los actos administrativos que rechazaron la reclamación.

3.6.3 Ministerio Público: no presentó concepto.

¹² Fol. 3 cdno 5 (3 exp. Dig)

¹³ Fols. 5 – 6 cdno 5 (5 – 6 exp. Dig)

¹⁴ Fols. 16 – 31 cdno 5 (16 – 31 exp. Dig)

¹⁵ Fols. 32 – 39 cdno 5 (32 – 39 exp. Dig)

¹⁶ Fol. 45 cdno 5 (45 exp. Dig)

¹⁷ Fols. 53 – 55 cdno 5 (53 – 55 exp. Dig)

¹⁸ Fol. 59 cdno 5 (59 exp. Dig)

¹⁹ Fol. 62 cdno 5 (62 exp. Dig)

²⁰ Fols. 72 – 74 cdno 5 (73 – 75 exp. Dig)

²¹ Fols. 76 – 82 cdno 5 (77 – 83 exp. Dig)

13001-33-33-005-2010-00060-01

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en los recursos de apelación, se tiene que, a la Sala le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

- (i) *¿El medio de control de reparación directa – actio in rem verso, incoado por la parte demandante resulta procedente para obtener la reparación de los perjuicios causados, con ocasión del rechazo de las facturas presentadas dentro del proceso de liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, o por el contrario, debe adecuarse la demanda al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser la fuente del daño un acto administrativo?*
- (ii) *Seguidamente, atendiendo al medio de control que resulte procedente, deberá estudiarse, si dentro del asunto operó el fenómeno jurídico de caducidad de la acción.*
- (iii) *Si se superan los obstáculos precedentes, se entrará a analizar si está demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Departamento de Bolívar.*
- (iv) *De despacharse desfavorablemente lo anterior, se analizará si está probada la prestación de los servicios de Procaribe en favor de la ESE, durante el 01 de agosto al 14 de noviembre de 2005, reclamados a través de las facturas Nos. 25, 26, 29 y 33; y ordenar el pago de los valores facturados.*

5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de Decisión REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, por encontrar que existió una indebida escogencia de la acción, pues la *actio in rem verso* no es procedente para obtener la reparación de perjuicios causados con la expedición de actos administrativos que rechazaron las

13001-33-33-005-2010-00060-01

facturas presentadas, dentro del proceso de liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, respecto de los cuales se discute su legalidad; por tanto, debió demandarse a través de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, la demanda fue presentada fuera del término de caducidad.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Acción procedente - se determina de acuerdo con la fuente o el origen del daño.

Para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes medios de control que pueden ser impetrados ante esta jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor, sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite el medio. De manera reiterada, la jurisprudencia del Consejo de Estado²² ha sostenido que la fuente o el origen del daño es lo que está llamado a determinar la acción procedente para desatar la controversia, circunstancia que, de plano, excluye que esa elección se encuentre reservada al arbitrio o capricho del demandante.

En ese orden, es necesario establecer cuál es el origen del daño cuya indemnización se pretende, para determinar el medio de control procedente, pues si el daño proviene de una decisión de la administración que crea, modifica o extingue una situación particular y concreta, el demandante deberá acudir a la jurisdicción contenciosa a través de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 CCA), para obtener la reparación solicitada, pues resulta necesario retirarlo o extinguirlo del ordenamiento para dejarlo sin efectos dada la presunción de legalidad de la cual goza, pues de no hacerlo su legalidad seguirá intacta; si por el contrario, el daño es producto de un hecho, omisión, operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un bien por parte de la administración, actos administrativos sobre los cuales no se discute su legalidad²³ o que fueron declarados nulos, o incluso, del enriquecimiento sin causa²⁴, el mecanismo correspondiente será el de reparación directa (art. 86 ibidem).

En suma, la escogencia del medio de control que se pretende ejercer, para atacar alguna actuación del Estado, considerada lesiva de derechos, no depende de la discrecionalidad o voluntad del demandante, sino que lo

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03093-02(48843)

²³ Por ejemplo, ante la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

²⁴ En ese caso, su procedencia se supedita a la ocurrencia de las tres hipótesis previstas en la SU del 19 de noviembre 2012, que se estudia en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia.

13001-33-33-005-2010-00060-01

determina la fuente del daño alegado. Aunado a lo anterior, la causa petendi expuesta por el demandante, permite identificar si el medio incoado es el mecanismo procesal válido para hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción contenciosa administrativa; en el evento de no haber ejercido la vía correspondiente, la demanda ha de ser adecuada para poder darle el curso debido, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad, pues de ser así se deberá disponer su rechazo.

5.4.2 Actio in rem verso

En sentencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, el 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 efecto, en el mentado fallo de unificación jurisprudencial, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, fue enfática al afirmar que, la *actio in rem verso* goza de autonomía sustancial mas no procedimental, porque más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento sin causa que constituye un daño para el empobrecido. En esa medida, se consideró que siendo el medio de reparación directa el previsto para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración, constituye la vía procesal adecuada para pretender la restitución patrimonial consecuente al enriquecimiento sin justa causa. Sin embargo, dicha Corporación reiteró que, lo único que se podía pedir mediante esa acción, era el monto del enriquecimiento y nada más, en tanto que el objeto del enriquecimiento sin causa, y por ende de la *actio in rem verso*, es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo, sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, de allí que no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.

Ahora bien, siguiendo las reglas establecidas en la sentencia de unificación citada, la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el enriquecimiento sin justa causa sólo podrá proceder en tres hipótesis cuando el enriquecimiento injustificado que se invoca proviene de la ejecución de prestaciones que debían encontrarse amparadas por la celebración de un contrato estatal, pero cuya ejecución se hubiere producido con pretermisión de las exigencias y/o formalidades de carácter legal, a saber:

*"1. 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***



13001-33-33-005-2010-00060-01

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 de este.

2. En los casos en 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.

3. En los casos en 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993²⁵.

Debe resaltar esta Corporación que, la anterior posición jurisprudencial se aplica aún a las controversias que tuvieron origen en sucesos producidos antes de la expedición de la sentencia de unificación del Consejo de Estado (19 de noviembre de 2012); sin que ello dé lugar a la violación de derechos de las partes o a vicios por violación directa de la Constitución, según lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia SU 020 de 2020.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Revisados los escritos de apelación, la Sala procede a analizar cada uno de los reparos expuestos contra la sentencia de primera instancia, para resolver los problemas jurídicos planteados, atendiendo al siguiente orden:

5.5.2.1 Improcedencia e indebida escogencia del medio de control de reparación directa – actio in rem verso.

Como se estableció en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la escogencia del medio de control que se pretende ejercer para atacar alguna actuación del Estado considerada lesiva de derechos, no depende de la discrecionalidad o voluntad del demandante, sino que lo determina la fuente del daño alegado. En ese sentido, es deber del juez, como director del proceso y en ejercicio de su autonomía, estudiar e “interpretar de

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente No. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



13001-33-33-005-2010-00060-01

manera integral, y como un todo, el escrito de demanda, extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección deprecada por quien acude a la jurisdicción”²⁶,

Una vez revisada la demanda, se advierte que la demandante argumentó que el daño cuya indemnización se persigue está dado por el enriquecimiento injustificado de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, con ocasión de los servicios prestados en su favor, cuya reclamación y pago fueron rechazadas dentro del proceso liquidatorio, por cuanto los contratos celebrados entre la ESE y Procaribe contaban con un CPD posterior a la fecha de suscripción de los contratos y excedían el tope presupuestal que los soporta, además, algunas facturas no tenían sustento contractual. A su vez, definió que el medio de control procedente para obtener el reconocimiento y pago de los valores adeudados, era el de reparación directa mediante la *actio in rem verso*, al estar cumplidos sus requisitos y carecer de otros mecanismos judiciales para perseguir sus pretensiones.

No obstante, de los hechos y fundamentos de derecho esgrimidos por la accionante es posible constatar que el hecho alegado como dañoso, realmente consiste en la expedición de los actos administrativos Nos. 051²⁷, 217²⁸ y 305 de 2008²⁹, que glosaron las facturas por concepto de servicios prestados, dentro del proceso liquidatorio de la ESE y negaron su pago. Así mismo, la intención de la actora es controvertir las consideraciones tenidas en cuenta por el agente liquidador para rechazar las mismas, pues así se desprende de los folios 12 – 16 de la demanda, en donde se insistió:

“El liquidador en la resolución No. 217 de septiembre de 2.007 toma como fundamentos legales para la negativa al pago de las acreencias a favor de Procaribe conforme a código de glosa los siguientes: (...)

Frente a tales argumentos nos permitimos manifestar que (...) la existencia de las disponibilidades y registros presupuestales correspondientes, es requisito de ejecución, más no del perfeccionamiento del contrato o de sus obligaciones (...)

De hecho en el caso de PROCARIBE, no fue simple ejecución de prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza que prontamente todo se regularizaría, existiendo intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan como se señala en la sentencia aludida por el liquidador y que le sirve de fundamento; por el contrario, los contratos que se celebraron contaron

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C. Sentencia de exp. 57378 M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

²⁷ Fols. 28 – 41 cdno 1 (28 – 41 exp. Dig) “Por medio de la cual se decidas las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente; los bienes que integran la masa de liquidación y los excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación y el orden de restitución; los créditos aceptados y rechazados contra la masa de liquidación (...)”

²⁸ Fols. 42 – 52 cdno 1 y 473 – 483 cdno 3 (42 – 52 y 69 – 79 exp. Dig) “Por medio de la cual se decide una Reclamación de Crédito Abierto a Prueba (...)”

²⁹ Fols. 58 – 66 cdno 1 y 486 – 492 cdno 3 (58 – 66 y 80 – 88 exp. Dig) mediante la cual se confirma la Resolución No. 217



13001-33-33-005-2010-00060-01

en su solicitudes y certificados de disponibilidad presupuestal y a consecuencia de ello realizo todas las erogaciones teniendo a la ejecución de las prestaciones convenidas, está amparado por el derecho, Pues, existiendo las solicitudes y disponibilidades presupuestales y siendo obligación para el ente su registro, ha de reconocérsele el valor de los contratos determinables con los servicios facturados, porque estos se ejecutaron surgiendo para la entidad la obligación correlativa de pagar todo su valor; así mismo los servicios generados con posterior reconocimiento de la entidad.

2. Para el liquidador, se poseen facturas glosadas por la causal 1A (...) y 1B (...) no contar con el soporte contractual debidamente legalizado y por no cumplir con los requisitos de planeación presupuestal inherentes a la ejecución del contrato suscrito con entidad pública (...)

Es cierto que las facturas 025 a 039 no cuentan con un soporte contractual antecedente al servicio. Pero presenta reconocimiento y autorización de pago mediante resoluciones posteriores así: Facturas 025, 02, 029, 033 (resolución 186), Facturas 035, y 038 (resolución 224), Factura 039 (resolución 046). Teniendo certeza del servicio prestado, la cual se deriva del propio registro contable.

Por su parte, las facturas 040, 041 y 042, sí se derivan de la ejecución de un contrato, con sus correspondientes disponibilidades y registros presupuestales.

(...)

La reclamación que se pretende tuvo origen en el principio de buena fe, su génesis se encuentra en la actitud de la entidad estatal ESE HOSPITAL SAN PABLO, su conducta, al no tener intención de desprenderse de la prestación del servicio por parte de PROCARIBE, manteniéndolo regularizando posteriormente las obligaciones adquiridas"

De conformidad con los motivos antes expuestos, se reitera que el origen del daño alegado son las decisiones administrativas contenidas en las Resoluciones Nos. 051, 217 y 305 de 2008, mediante las cuales se rechazaron las facturas Nos. 004, 006, 016, 017, 021, 022., 023, 024, 040, 041 y 042, por conceptos de servicios prestados, que tenían sustento en los Contratos No. 018 del 25 de agosto de 2004, No. 01 del 02 de febrero de 2005 y el celebrado el 09 de febrero de 2006; sino también las facturas Nos. 025, 026, 029, 033, 035, 038 y 039, cuyo pago había sido reconocido y ordenado previamente por la administración, a través de las Resoluciones Nos. 224 de 2005³⁰, 046³¹, 126³². y 127 de 2006³³.

Dada la existencia de una decisión expresa, definitiva y en firme de la administración, que modificó y extinguió los derechos al pago de los servicios prestados por PROCARIBE en favor de la ESE demandada (que no ha sido

³⁰ Fols. 80 – 81 cdno 1(80 – 81 exp. Dig) mediante la cual reconocen los servicios prestados por Procaribe por la suma de \$44.778.606,00 consistentes en las facturas comprendidas entre el 15 de noviembre al 31 de diciembre de 2005 y autorizan el pago de \$22.235.900,00

³¹ Fols. 85 – 86 cdno 1(85 – 86 exp. Dig) mediante la cual reconocen y ordenan el pago de los servicios prestados por Procaribe por la suma de \$31.744.059,00 consistentes en las facturas comprendidas entre el 01 al 31 de enero de 2006

³² Fols. 90 – 91 cdno 1(90 – 91 exp. Dig) mediante la cual reconocen y ordenan el pago de los servicios prestados por Procaribe por la suma de \$53.360.118,00 consistentes en las facturas comprendidas entre el 01 al 28 de febrero y del 01 al 27 de abril de 2006

³³ Fols. 94 - 95 cdno 1(94 - 95 exp. Dig) mediante la cual reconocen y ordenan el pago de los servicios prestados por Procaribe por la suma de \$31.494.722,00 consistentes en las facturas comprendidas entre el 01 al 31 de marzo de 2006

13001-33-33-005-2010-00060-01

revocada ni anulada y respecto de la cual se advierten inconformidades); correspondía a la demandante, demandar su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho para obtener la reparación de los perjuicios causados con su expedición, pues no es dable, como lo pretende hacer ver, utilizar la *actio in rem verso* para dicho fin, debido a que su naturaleza es subsidiaria, tal como quedó sentado en el numeral 5.4.2 de esta providencia. Así las cosas, no es posible ordenar a través de la *actio in rem verso*, el pago de los servicios presuntamente prestados por Procaribe a la entidad, mientras que exista un acto administrativo cobijado por la presunción de legalidad, el cual niega los mismos y es pasible de control jurisdiccional.

A partir de lo reseñado, se concluye que, dentro del asunto, se presentó una indebida escogencia del medio de control elevado ante esta jurisdicción, lo cual obliga al operador judicial a adecuar el ejercicio del derecho de acción al mecanismo procesal correspondiente, esto es, al de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este punto, se anota que, de la consulta de procesos en la página web de la Rama Judicial, se logró evidenciar que Procaribe presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derechos contra la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, el 10 de marzo de 2009, bajo el radicado No. 13001233100020090007100 con anotación “SE PRETENDE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECHAZO LA RECLAMACION POR VALOR DE \$ 1.048.193.205.00”, la cual fue rechaza por “no cumplir el requisito de procedibilidad de la acción”, mediante auto del 06 de junio de 2009. Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que, no existe certeza sobre el acto administrativo cuya nulidad se pretendía, los motivos de su ilegalidad, ni el mentado requisito de procedibilidad que dio lugar al rechazo dela demanda

Por lo tanto, se procede a estudiar la excepción de caducidad propuesta por el Departamento de Bolívar, respecto del medio de control que corresponde a la situación planteada, al no existir certeza sobre la configuración de la cosa juzgada.

5.5.2.2 Sobre la caducidad de la nulidad y el restablecimiento del derecho

La caducidad es “la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir

13001-33-33-005-2010-00060-01

*que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente (...)*³⁴.

En esa línea, se tiene que el numeral 2 del artículo del 136 del CCA, al regular la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dispuso que estaba sujeta al término de 4 meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.

Al respecto, se observa que contra la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008³⁵, solo procedía el recurso de reposición, habiéndose interpuesto este por Procaribe³⁶, sin embargo, el mismo fue rechazado por extemporáneo mediante Resolución No. 433 del 22 de diciembre de 2008³⁷, notificada por edicto el 13 de enero de 2009³⁸, Ello significa, que el plazo de cuatro (4) meses para demandar el acto, corrió del 14 de enero al 14 de mayo del mismo año, como quiera que no había otro recurso el día que se fijó el edicto quedó ejecutoriado.

Frente a la Resolución No. 305 del 05 de noviembre de 2008³⁹, que confirmó la Resolución No. 217 del 29 de septiembre de la misma calenda, fue notificada personalmente el 18 de noviembre de la referida anualidad; es decir, que el lapso de cuatro (4) meses con los que contaba Procaribe para controvertir las decisiones adoptadas por la administración, corrió del 19 de noviembre de 2008 al 19 de marzo de 2009.

Sin embargo, se advierte que la solicitud de conciliación extrajudicial solo fue presentada hasta el 15 de abril de 2009⁴⁰, cuando ya había fenecido el término de caducidad, por lo que no tuvo la entidad de suspenderlo; la demanda, por su parte, fue radicada el 16 de marzo de 2010⁴¹, de forma extemporánea, razón por la cual se genera para el demandante, la extinción de la facultad de ejercer su derecho de acción, pues no resulta admisible su ejercicio después de expirado. En consecuencia, se declarará probada la excepción en estudio.

Por último, se precisa que, el Consejo de Estado⁴², en sentencia del 06 de julio de 2020, expuso lo siguiente:

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de julio de 2011. Expediente: 08001-23-31-000-2010-00762-00. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ Fols. 42 – 52 cdno 1 y 473 – 483 cdno 3 (42 – 52 y 69 – 79 exp. Dig)

³⁶ Fols. 53 – 57 cdno 1 (53 – 57 exp. Dig)

³⁷ Fols. 493 – 495 cdno 3 (89 – 91 exp. Dig)

³⁸ Fols. 496 -497 cdno 3 (92 – 93 exp. Dig)

³⁹ Fols. 58 – 66 cdno 1 y 486 – 492 cdno 3 (58 – 66 y 80 – 88 exp. Dig)

⁴⁰ Fol. 25 cdno 1 (25)

⁴¹ Fol. 163 cdno 1 (163)

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03200-01 (46071)

13001-33-33-005-2010-00060-01

*“Adicionalmente, si en gracia de discusión se estudiara el enriquecimiento sin causa, lo cierto es que la parte actora **dejó fenecer la acción contractual que tenía para reclamar los perjuicios económicos que asegura le produjo el desarrollo de actividades relacionadas con el cultivo de caña a favor del ingenio** y sus socios y ese hecho tornaría impróspera cualquier petición bajo actio in rem verso. Sobre el punto, la Sala, con apego a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴³, concluyó⁴⁴:*

La actio de in rem verso, es subsidiaria, es decir, procede sólo cuando el empobrecido no tenga ninguna otra acción para restablecer el patrimonio, de manera que tampoco es procedente cuando el demandante por su negligencia ha dejado precluir la oportunidad para instaurar la acción procedente y pretende luego, para suplir su negligencia, acudir a través de la actio de in rem verso para reclamar la satisfacción de un derecho que podía ser satisfecho a través de una acción específica determinada por el orden jurídico.”

En virtud de lo indicado, se corrobora entonces que no es procedente la actio in rem verso en los términos ya manifestados por la Sala; por lo que se accede a los planteamientos del recurso presentado por el Departamento, en las excepciones denominadas “indebida escogencia de la acción y caducidad”, como consecuencia de ello, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia y se NEGARÁN las pretensiones de la demanda.

Resuelto lo anterior, aclara esta Corporación que no hay lugar a efectuar pronunciamiento sobre los demás problemas jurídicos formulados en las apelaciones, por haberse configurado la caducidad de la acción procedente.

5.6 De la condena en costa.

El artículo 171 del Decreto 01 de 1984 – Código Contencioso Administrativo – con las modificaciones que le fueron introducidas por el art. 55 de la Ley 446 de 1998., señala que “con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso”. Con base en la norma anterior, esta judicatura se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, por cuanto no se demostró que la conducta procesal de esta estuviera guiada de mala fe o fuera constitutiva de abuso de derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁴³ Sobre el particular, dicha Corporación concluyó: “Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. // Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 2003-00164-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 29402, CP Gladys Agudelo Ordoñez (E).

13001-33-33-005-2010-00060-01

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar, **DECLARAR PROBADA** las excepciones de indebida escogencia de la acción y caducidad propuesta por la parte demandada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos antes expuestos.

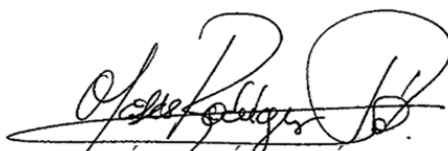
TERCERO: NO CONDENAR en costas en ambas instancias, de acuerdo con lo indicado en esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ⁴⁵
En comisión de servicios

⁴⁵ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.