



122

República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, agosto veintitrés (23) de dos mil trece (2013)

AUTO No. 048

“Por medio del cual se imprueba una conciliación prejudicial”

REFERENCIA: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
CONVOCANTE: CORPORACION CASA DE MARIA Y EL NIÑO
CONVOCADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF
RADICADO: 05001 33 33 005 **2013 00333 00**

Procede el Despacho a decidir la aprobación del acuerdo conciliatorio logrado por las partes ante el Procurador 168 Judicial I para Asuntos Administrativos.

1. ANTECEDENTES

Mediante apoderada judicial, la Corporación Casa de María y el Niño, presentó solicitud de audiencia extrajudicial de conciliación convocando para el efecto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

El Objeto de la conciliación convocada es acordar el pago de \$35.456.731, derivados del enriquecimiento sin causa a favor del ICBF por la atención, en modalidad de internado, a 55 niños, durante los días 7 a 25 de octubre de 2011, sin suscribirse contrato entre las partes. Señaló como hechos relevantes los que a continuación se resumen:

- 1.1. La Corporación Casa de María y el Niño suscribió con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el contrato de aporte No. 1284-2010 el día 27 de diciembre de 2010 con el objeto que la corporación prestara *“atención especializada en la modalidad de internado para la atención en*

57

acogida y crecimiento de niños de cero a ocho años para la protección y restablecimiento de derechos a niños, niñas y adolescentes en situación de amenaza o vulneración (...)", así mismo el día 14 de febrero se suscribió un Otrosí modificadorio del valor cupo, valor total y plazo del mencionado contrato. El término pactado venció el día 6 de octubre de 2011.

- 1.2. Los niños objeto de atención por parte de la corporación correspondientes a los 55 cupos del contrato siguieron recibiendo atención y cuidado durante los días comprendidos entre el 7 y 25 de octubre de 2011 y fue hasta el 26 del mismo mes que se suscribió un nuevo contrato con le mismo objeto, siendo este el contrato de aporte No. 1114-2011.
- 1.3. El día 4 de marzo de 2012 la corporación presentó cuenta de cobro a la entidad convocada por concepto de 55 cupos entre los días 7 y 25 de octubre de 2011 por valor de \$35.456.731, solicitud que fue negada por el ICBF, aduciendo que las sumas cobradas fueron causadas con posterioridad a la vigencia de los contratos No. 1284-2010 cuyo término venció el 6 de octubre de 2011 y No. 1114-2011 cuya fecha de inició fue el día 26 de octubre del mismo año.

2. TRAMITE CONCILIATORIO

- 2.1. Mediante auto del 17 de junio de 2013, la solicitud de conciliación fue admitida por la Procuraduría 168 Judicial I para Asuntos Administrativos (folios 69 y 70). Fijando como fecha para su realización el 31 de julio de 2013 a las 8:30 a.m. (folio 70).
- 2.2. La audiencia se realizó el día 1 de agosto de 2013 y durante el desarrollo de ésta, el apoderado de la convocante presentó fórmula conciliatoria consistente en "que se condene al ICBF- REGIONAL ANTIOQUIA – a pagar a la CORPORACION CASA DE MARIA Y EL NIÑO la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$35.456.731). Lo anterior debido a la negativa del ICBF REGIONAL ANTIOQUIA al pago de los servicios prestados por la CORPORACION CASA DE MARIA Y EL NIÑO durante el periodo

RB

comprendido entre el 7 y el 25 de octubre de 2011, por no estar cubierto este periodo ni por el contrato de aportes No. 1284 de 2010, cuyo plazo venció el 6 de octubre de 2011, ni por el contrato de aportes No. 1114 de 2011, cuyo plazo inició el día 26 de octubre del mismo año. Sin embargo, el ICBF REGIONAL ANTIOQUIA reconoció que los servicios se habían prestado y adujo que se trató de un problema operativo."

2.3. Acto seguido se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada quien manifestó: "que en sesión del 22 de julio de 2013 el Comité de defensa judicial y conciliación del ICBF analizó la procedencia de la conciliación en este caso concreto y decidió conciliar, obligarse a pagar la suma de \$35.460.124; no se reconocen sumas correspondientes a intereses e indexación dado que la naturaleza del presente reconocimiento es meramente compensatorio; se manifiesta al despacho que el trámite administrativo interno del ICBF para el pago de la obligación referida es de 45 días contados a partir de la aprobación de la propuesta por el Juez competente y de la presentación de la cuenta de cobro por parte de la convocante." Propuesta la cual es aceptada por la parte convocante.

2.4. El Ministerio Público consideró que el acuerdo cumplía con todos los requisitos de ley y por ello dispuso la remisión del mismo ante los Jueces Administrativos para su aprobación.

3. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 64 de la ley 446 de 1998, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral denominado conciliador. Por su parte, en el ámbito administrativo, el artículo 70 de la ley 446 de 1998 dispone:

(...) podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas o de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Así entonces, para dar solución a sus conflictos, las partes pueden acudir al agente del Ministerio Público para lograr una conciliación prejudicial, ciñéndose trámite contemplado en el artículo 80 de la Ley 446 de 1998:

Artículo 80. Solicitud. *El artículo 60 de la ley 23 de 1991, quedará así // Artículo 60. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente podrán formular solicitud de conciliación prejudicial al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquellas. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.*

A su vez, el artículo 73 de la misma Ley, prescribe que “[l]a autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”. Por su parte, los artículos 61 y 65 A de la Ley 23 de 1991, modificados por los artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998, consagran que los siguientes son criterios de aprobación del acuerdo conciliatorio prejudicial:

- a) La debida representación de las partes que concilian;
- b) Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.
- c) La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes;
- d) Que no haya operado la caducidad de la acción;
- e) La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar y
- f) Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

Previo a realizar la verificación del cumplimiento de los requisitos enlistados, el Despacho encuentra necesario determinar si la vía procesal aducida por el convocante, es la adecuada para realizar la convocatoria a conciliación y en esa medida, habilitar tal mecanismo judicial. Ello por cuanto, se invoca el medio de

124

control de la reparación directa, con pretensión de "*actio in rem verso*", evento en el cual debe verificarse en un primer momento del análisis, si tal acción y figura, son las adecuadas, pues de la definición de tal asunto, se deriva el control de otros, como la caducidad de la acción y eventualmente la lesividad del acuerdo para el patrimonio público.

En ese orden, este será el primer aspecto a definir en este proveído.

Con el propósito de delimitar el marco jurídico vigente, que regula la *actio in rem verso*, el Despacho se apoya en la Sentencia proferida por la sala Plena de la sección Tercera de la sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Jorge Orlando Santofimio Gamboa, el 19 de Noviembre de 2012, radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), por ser un precedente vinculante, en tanto se trata de una sentencia de unificación.

La decisión en cita, señala:

*"12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831² 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."*

En el caso de la contratación estatal debe advertirse que, 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 que sea materializado en un escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

² Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito.

De lo expuesto, es claro que la solemnidad del contrato estatal, encuentra como excepción el evento de la urgencia manifiesta, único caso en que dicha formalidad puede ser obviada.

Como en el caso concreto, las prestaciones económicas objeto de la conciliación, fueron prestadas por fuera del marco obligacional de un contrato, se hace necesario determinar si tal situación se encuentra fundamentada en la existencia de la figura de la urgencia manifiesta, regulada por el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, norma que dispone que ella se presenta en situaciones relacionadas con los Estados de Excepción, situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección contractual. Además la urgencia manifiesta debe ser declarada a través de acto administrativo motivado.

No debe olvidarse que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por sus destinatarios.

En este marco, la determinación de la existencia de la urgencia manifiesta a efectos de obviar la formalidad del escrito en el campo contractual, debe hacerse de forma estricta, pues sólo puede hacerse uso de tal figura, bajo el amparo de circunstancias excepcionales.

Procede entonces el Despacho a determinar si en los supuestos fácticos que sustentan la convocatoria a conciliación, en el presente asunto, se reúnen tales exigencias.

Sea lo primero advertir que las circunstancias referidas a la prestación del servicio cobrado por la convocante, por fuera del marco de la ejecución de un contrato estatal, hacen referencia a la necesidad de continuidad en la prestación del servicio de internado, para menores de edad bajo la custodia del ICBF, ante el inminente vencimiento del plazo de un contrato previo.

25

Las circunstancias fácticas enunciadas, considera el Despacho se encuentran por fuera de las justificativas del uso de la figura de la urgencia manifiesta, por cuanto:

- i) No se trata de circunstancias dadas en el marco de la declaratoria de los estados de excepción,
- ii) Tampoco ellas devienen de circunstancias de calamidad, desastre o fuerza mayor que imposibiliten el uso de los procedimientos de selección contractual.

No es necesario ahondar en análisis adicionales, para afirmar que en el presente asunto, no se dan los requisitos para el uso de la figura de la urgencia manifiesta, pues la sola confrontación entre los hechos de la solicitud de conciliación y la norma en cita, permiten descartar su aplicación.

Adicionalmente no existe acto administrativo que justifique la existencia de tal medida.

Ahora bien, la Sentencia de unificación citada en precedencia, delimita el ejercicio de la pretensión de la *actio in rem verso*, advirtiéndolo:

*“12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia³ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831⁴ 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.”*

No existe duda, a partir del texto transcrito, que la *actio in rem verso* no puede ser utilizada como vía para reclamar el pago de servicios sin la preexistencia de

³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

⁴ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

un contrato estatal, en tanto ella no está instituida para contrariar normas de carácter imperativo, como las relativas al proceso de contratación estatal con todas sus etapas y formalidades.

Sin embargo, la misma sentencia admite hipótesis en las que resultaría procedente la *Actio in rem verso* sin que medie contrato alguno, dichos encuentran justificación en la prevalencia del interés público o general y son los siguientes:

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

b. En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c. En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del

176

legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993."

La parte convocante argumenta en su solicitud, que el uso de la *actio in rem verso*, en el presente caso, se justifica por cuanto los hechos que constituyen la causa de la pretensión conciliada, se enmarcan en las excepciones contenidas en los literales a y b transcritos en el párrafo anterior.

Procede el Despacho a determinar la veracidad de tal afirmación.

En primer lugar y respecto a la primera causal, que establece que opera la *actio in rem verso* cuando se encuentre demostrado en el proceso que fue la entidad la que en uso de su supremacía constriñó o impuso al particular la ejecución de los servicios sin que mediara contrato alguno, observa este Despacho que el termino constreñir significa "*obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo*"⁵, para lo cual debe estar plenamente probado en el proceso que fue la entidad la quien mediante el uso de la fuerza obligó a la Corporación a la prestación de dichos servicios, situación que no se encuentra probada en el proceso, dado que no se observa ningún medio probatorio que demuestre que para la prestación de los servicios por parte de la corporación en los días comprendidos entre el 7 y 25 de octubre de 2011, haya mediado fuerza, coacción o constreñimiento de algún tipo, por parte del ICBF.

Ahora bien, con relación a la segunda causal, la cual contempla la procedencia de la *actio in rem verso* en los casos que sea "*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*", y que por ello se imposibilite adelantar un proceso de selección de contratistas, circunstancia que además debe estar plenamente probada en el proceso; observa el Despacho que la única cláusula contractual relacionada con el derecho a la salud de los menores, es la contemplada en el numeral 2.2.7. del contrato No. 1284-2010 que se refiere a la coordinación con la respectiva Dirección territorial de salud y el ICBF para la afiliación al sistema de seguridad social en salud de los menores, por ello puede afirmarse que el objeto principal de dicho contrato no fue la prestación de servicios de salud. Por ello valerse de una obligación accesoria de las pactadas en el contrato, para

⁵Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición.

darle a la misma la connotación de objeto principal de forma que justifique el uso de una figura excepcional, resulta inaceptable. Es evidente que se trata de un argumento falaz y cuya exposición pretende el uso de la figura de la *actio in rem verso*, por fuera de los límites establecidos en la sentencia en cita. La interpretación hecha por el convocante, en este sentido, entraña la desarticulación de las excepciones contempladas en la decisión judicial citada, en tanto pretende hacer extensiva la excepción a casos no previstos en ella.

Conforme a lo anterior es preciso recalcar lo mencionado en la sentencia en comento, en cuanto a que dichas excepciones son de interpretación y aplicación restrictiva, y en consecuencia de ninguna manera se debe encuadrar en dichas situaciones, casos que necesariamente deben estar comprendidos en la regla general, la cual contempla como requisito *sine qua non* que el contrato estatal cumpla con la formalidad de plasmarse en un escrito.

Lo expuesto permite al Despacho afirmar que los servicios reclamados por la convocante y que fueron objeto de conciliación prejudicial, no pueden ser cobrados a través del medio de control de la reparación directa con pretensión de *actio in rem verso*, por cuanto esta figura no puede ser utilizada para el cobro de servicios que se hayan prestado por fuera de la ejecución de un contrato estatal, celebrado con el lleno de los requisitos de Ley. Por ello la conciliación, cuya legalidad se revisa en este proveído, debe ser **IMPROBADA**.

Valga agregar que, el acuerdo económico al que llegaron las partes en la conciliación, lesiona el patrimonio público si es producto de una errónea interpretación normativa o jurisprudencial, de forma tal que la aplicación del material jurídico que se utilizó para lograrla, contraviene la interpretación racional del mismo.

El Despacho estima que la lesión al patrimonio público se presenta cuando la entidad pública adquiere obligaciones, respaldadas en interpretaciones normativas erradas, manipuladas y alejadas del fin normativo, circunstancias que en este caso se cumplen, por la indebida aplicación de la sentencia proferida por la sala Plena de la sección Tercera de la sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Jorge Orlando Santofimio Gamboa, el 19 de Noviembre de 2012, radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

102

Lo expuesto resulta suficiente para definir la **IMPROBACIÓN** de la conciliación en referencia.

No obstante, el Despacho considera relevante señalar, que aún en casos como el presente, en los que los servicios reclamados fueron prestados a menores de edad, sujetos de especial protección constitucional y cuyo interés es prevalente, el manejo de los recursos públicos y el cumplimiento de las normas contractuales debe ser estricto, pues ni las normas que regulan la materia ni la jurisprudencia en cita, establecieron tal circunstancia como causal de flexibilización de tal marco normativo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**,

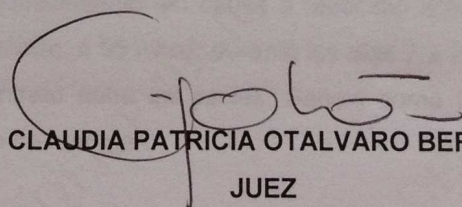
RESUELVE

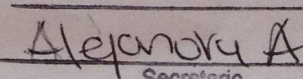
PRIMERO: IMPROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado el 1 de agosto de 2013 entre la **Corporación Casa de María y el Niño** en su calidad de parte convocante y el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF** en su calidad de convocada; por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Se dispone devolver los anexos a la parte interesada sin necesidad de desglose.

TERCERO: En firme esta providencia, archívense las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CLAUDIA PATRICIA OTALVARO BERRÍO
JUEZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
CERTIFICADO En la fecha se notificó por ESTADO el auto ante: **NO.022**
26 AGO 2013
Medellín Fijado a las 8 a. r.

Secretario