Arauca, Arauca, trece (13) de Diciembre dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO: **IMPROBAR ACUERDO CONCILIACIÓN PREJUDICIAL**
EXPEDIENTE: 81-001-33-33-001-2018-00141-00
DEMANDANTE: SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUI HERNÁNDEZ Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E

~~ANTECEDENTES~~

Las señoras **SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUÍ HERNÁNDEZ, MAIRY LUZ NATERA OROZCO, DIANA MARCELA SARMIENTO PRADA, KATERYN MASIEL RODRÍGUEZ PÉREZ, ANA MARÍA UNDA COLINA, GINA PAOLA PARALES BELLO, SANDRA MILDRENIS CISNEROS SANTANA, MARYIN ENID GUALDRÓN GONZÁLEZ, ISLELLER KARINA CARILLO QUIÑONEZ** y **LINA GISELA OLIVOS MARTINEZ,** actuando a través de apoderado judicial, presentaron solicitud de conciliación ante la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos, convocando al **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E,** con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes,

Pretensiones (fls. 3 y 4):

*"**6.1.** Que a través de esta Institución se convoque al Doctor **RAÚL FERANDO GARCÍA LOYO,** en calidad de Director del **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE,** identificada con Nit No. 800.218.979-4, y/o quien haga sus veces, con el objeto de realizar Audiencia conciliatoria para concretar que la entidad convocada, es Responsable de los Daños y Perjuicios Antijurídicos causados a los con vocantes por la Administración, al omitir el pago de los Honorarios por los Servicios Profesionales prestado como Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E, del primero (1) de junio al treinta y uno (31) de julio del año dos mil diecisiete (2.017), ocasionando con ello simultáneamente un Detrimento Económico en la Parte Actora y a su vez un Enriquecimiento Sin Causa de la Administración, a fin de precaver una futura acción judicial de REPARACIÓN DIRECTA - ACTIO IN REM VERSO, conforme a los hechos que motivan la presente acción prejudicial.*

***6.2.** Que el Doctor **RAÚL FERANDO GARCÍA LOYO,** en calidad de Director del **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE,** identificada con Nit No. 800.218.979-4, y/o quien haga sus veces, reconozca que ordenó a los convocantes continuar prestando los Servicios Profesionales como Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E, del primero (1) de junio al treinta y uno (31) de julio del año dos mil diecisiete (2.017), tendiendo a las condiciones de Urgencia y Necesidad de Prestar sus Servicios, a fin de evitar una Amenaza o una Lesión Inminente e Irreversible al Derecho a la Salud, en Conexidad con los Derechos a la Vida e Integridad Personal de la población Araucana. Convocantes los cuales son los siguientes:*

No.	NOMBRES	CEDULA No.	CARGO
1	SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUI	68.293.807	AUX. ENFERMERIA
2	MAIRY LUZ NATERA OROZCO	32.732.463	AUX. ENFERMERIA
3	DIANA MARCELA SARMIENTO PRADA	1.116798.234	AUX. ENFERMERIA
4	KATERYN MASIEL RODRÍGUEZ PÉREZ	1.115.853.830	AUX. ENFERMERIA
5	ANA MARIA UNDA COLINA	68.290.107	AUX. ENFERMERIA

6	*GINA PAOLA PARALES BELLO*	*68.298.480*	*AUX. ENFERMERIA*
7	*SANDRA MILDRENIS CISNEROS*	*1.116.772.464*	*AUX. ENFERMERIA*
8	*MARYIN ENID GUALDRON GONZALEZ*	*68.296.050*	*AUX. ENFERMERIA*
9	*ISLELLER KARINA CAPILLO QUINONEZ*	*37.397.579*	*AUX. ENFERMERÍA*
10	*LINA GISELA OLIVOS MARTINEZ*	*68.298.226*	*AUX. ENFERMERIA*

6.3. *Que como consecuencia se establezca con la entidad convocada, que la omisión en que la Administración incurrió respecto al incumplimiento de los pagos de los Honorarios por los Servicios Profesionales prestados por los convocantes, son los reportados, previa certificación expedida por el Líder del Departamento (Enfermería) del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. (folios 45 al 50).*

6.4. *Que como consecuencia de los anteriores acuerdos, se Ordene al* ***HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E.,*** *identificada con Nit No. 800.218.979-4, a través de su* ***R/L. DR. RAÚL FERNANDO GARCÍA LOYO,*** *y/o quien haga sus veces, reconocer y pagar a los Con vocantes las sumas de dinero que adeuda en razón de los honorarios causados por la prestación de servicios durante los meses de junio y julio del año dos mil diecisiete (2.017) y por consiguiente cancelar a cada uno, los siguientes valores que relaciono así:*

No	***NOMBRE***	***CARGO***	***FECHA LABORADAS SIN***	***VALOR MENSUAL DEVENGA***	***TOTAL ADEUDADO***
1	*SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUÍ HERNÁNDEZ*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
2	*MAIRY LUZ NATERA ÓROZCO*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 a131 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
3	*DIANA MARCELA SARMIENTO*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
4	*KATERYN MASIEL RODRIGUEZ*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
5	*ANA MARIA UNDA COLINA*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
6	*GINA PAOLA PARALES BELLO*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
7	*SANDRA MILDRENIS CISNEROS*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
8	*MARYIN ENID GUALDRÓN GONZÁLEZ*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
9	*ISLELLER KARINA CAPILLO*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***
10	*LINA GISELA OLIVOS MARTÍNEZ*	*AUXILIAR DE ENFERMERÍA.*	*01 al 30-06-2017* *01 al 31 -07-2017*	*$1.477.700* *$1.477.700*	***$2.955.400***

6.5. *Que la entidad convocada* ***HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE,*** *identificada con Nit No. 800.218.979-4, a través de su* ***R/L. DR. RAÚL FERNANDO GARCÍA LOYO,*** *y/o quien haga sus veces, proceda a cancelar a mis mandantes los intereses causados de las anteriores sumas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.*

6.6. *Que en la sentencia se disponga condenar a la entidad convocada al pago de las costas y agencias en derecho, por consiguiente, se ordene el cumplimiento del fallo acorde al art. 188 al 192 del C.P.A.C.A.*

6.7. *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 187 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes del valor (indexación), hasta la fecha de ejecutoria que ponga fin al proceso.*

6.8. *si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A."*

Hechos: (fls 5 a 10)

El Hospital San Vicente de Arauca, tiene en su planta de personal el cargo de auxiliar de enfermería Código 412 Grado 14, el cual resulta insuficiente para garantizar el cumplimiento de su objeto social, por lo cual recurre a las órdenes de prestación de servicios para vincular el personal que haga falta; justamente para los meses de junio y julio de 2017, la entidad hospitalaria procedió a vincular por este mecanismo, a las 10 auxiliares de enfermería que integran la parte convocante de la conciliación extrajudicial, a quienes se les impuso jornadas laborales a través de cuadros de turno, cumpliendo la funciones del cargo y resolviendo requerimientos internos y externos relacionados con su cargo. Frente a esta situación, la entidad convocada no expidió la respectiva disponibilidad presupuestal y tampoco realizó el procedimiento para integrar como contratistas por OPS a cada una de las convocantes, y debido a esto no hay contrato que respalde el pago de los honorarios por el tiempo referido, omitiendo el deber legal y constitucional de garantizar los derechos de los trabajadores que prestaron sus servicios sin el correspondiente negocio jurídico contractual. Afirmó adicionalmente el apoderado de los convocantes que la Administración del Hospital, constriñó para que cumplieran las actividades y funciones asignadas, durante los meses de junio y julio de 2017.

Reportó que los convocantes a través de su apoderado judicial, presentaron el día 05 de octubre de 2017, una reclamación administrativa para que se les reconociera y pagaran los honorarios adeudados, en razón de los servicios prestados durante los meses de junio y julio de 2017, frente a la cual la entidad hospitalaria respondió reconociendo el servicio prestado por los convocantes e informó que se cumpliría con las obligaciones adquiridas con éste personal haciendo uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Adicionalmente se indicó por parte de la ESE ***"que a pesar de que no existiera un contrato, la Necesidad del Servicio conllevó a requerir la Prestación de Servicios Adicionales, ya que el personal de planta resulta insuficiente para garantizar el cumplimiento de los objetivos y metas institucionales"***

Resalta que, fue la falta de recursos económicos lo que impidió que la entidad hospitalaria realizara el procedimiento para la contratación de los convocantes

durante los meses de junio y julio de 2017 y como quiera que era urgente la prestación de los servicios de salud, se tomó la determinación que éstos desempeñaran sus actividades a fin de evitar una posible amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud de los habitantes del Departamento de Arauca.

Concluye, que el no pago de los Honorarios adeudados a los convocantes, por las actividades desarrolladas como auxiliares de enfermería durante los meses de junio y julio de 2017, se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor del Hospital San Vicente de Arauca, con el consecuente empobrecimiento de quienes laboraron sin contrato de OPS, situación que producirá un daño antijurídico imputable a la entidad hospitalaria, causado por la omisión de cancelar las sumas adeudadas a cada una de éstas personas que concurrieron a la Procuraduría General de la Nación, para efectos de obtener la protección inmediata y prevalente de las garantías constitucionales que les asisten.

Audiencia de Conciliación (fls. 167 - 168 anverso y reverso)

El 13 de abril de 2018, en audiencia de conciliación presidida por el Procurador 64 Judicial I para Asuntos Administrativos, comparecieron el apoderado del convocante y el del **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E.**

En el acta de conciliación extrajudicial, se consignó lo siguiente:

> *"El Comité de Conciliación del Hospital San Vicente de Arauca decide por unanimidad conciliar el proceso solicitado por el doctor **OSCAR EDUARDO SANTANA ARCINIEGAS,** teniendo en cuenta que se encuentra certificado el servicio prestado en la entidad por los periodos que se reclaman por cada uno los solicitantes, así las cosas, atendiendo la situación financiera de la entidad, se acuerda realizar pagos mensuales según el número de meses reclamados, generando el primer pago, seis meses después de homologada, aprobada y notificada la respectiva conciliación por el órgano judicial competente. Los honorarios se cancelarán de conformidad con la certificación que emita el respectivo líder del proceso. Anexo constancia del Comité de Conciliación firmada por el suscrito cómo Secretario Técnico del Comité en un folio. Con relación con los intereses generados el Comité de Conciliación manifiesta no conciliar, toda vez que el acuerdo establecido solo permite reconocer los honorarios adeudados. Se concede la palabra a la apoderada de la parte con vocante, quien manifestó: como apoderado de la parte convocan te, aceptó la fórmula de conciliación planteada por la entidad convocada, razón por la cual acepto dicha conciliación."*

Con fundamento en lo anterior el Procurador Delegado consideró que el acuerdo contiene obligaciones claras, expresas, exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de cumplimiento, precisando además que el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la Ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las siguientes razones: *"en criterio de esta agencia del Ministerio Público, frente a la solicitud de las convocantes, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la Ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las siguientes razones. Resulta evidente que en el presente asunto en el evento de que se llegaré a presentar demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, de las cuales se infiere que efectivamente les asiste derecho a las convocantes y que hay una alta probabilidad de condena en contra de la entidad. Por lo anterior, se solicita muy respetuosamente al señor Juez de lo Contencioso Administrativo, que **APRUEBE EL ANTERIOR ACUERDO CONCILIATORIO**."*

Resulta muy valiosa la conclusión de la Agencia del Ministerio Público, orientada hacia una decisión favorable sobre el acuerdo conciliatorio, considerando que obran las pruebas necesarias para que el despacho se pronuncie en ese sentido; sin embargo, lo expresado por el Ministerio Público será objeto de análisis para emitir un pronunciamiento ya sea para aprobar o improbar la conciliación prejudicial que ha sido puesta a consideración de éste despacho judicial.

2. CONSIDERACIONES

Generalidades de la conciliación prejudicial.

De acuerdo con la definición que trae 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 y calificado, denominado conciliador".*

Según lo preceptuado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial "*... 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. ...".*[1]

Ahora bien, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al referirse a los requisitos previos para demandar, dispone en su numeral primero, *"...cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales..."*

De las normas anteriores se deduce que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa prejudicial deben ser de aquellos cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativo mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas en los artículos 138, 140 y 141 del CPACA.

Ahora bien en consideración a lo plateado apoderado de la parte actora donde consideró que el medio de control a precaver sería el de Reparación Directa, pero pidiendo la *"actio de in rem verso"* a efectos que se restituya el equilibrio económico entre las partes, en aras de obtener el pago a los convocantes los honorarios adeudados por los meses que prestaron sus servicios de manera personal, supervisado por los funcionarios de planta, sin que mediara contrato de prestación de servicios, sin embargo esta instancia judicial entrara verificar el medio de control a interponer, pues el litigio deviene de un aparente enriquecimiento sin causa, pues la relación negocial inicial es apenas un punto de referencia para dilucidar la situación ante los servicios prestados, sin la mediación de un contrato estatal.

Es así que, para comprender lo esbozado resulta menester traer a colación lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de noviembre de 2012, donde unificó el criterio frente a la actio in rem verso, el medio de control adecuado para su trámite y las hipótesis de procedencia. Al respecto dijo:

[1] Hoy a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 - nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se trata de los medios de control contemplados en los artículo 138, 140 y 141.

*"**12.1** Para este efecto la Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia[2] a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831[3] 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.

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

(...)

[2] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.
[3] Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

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

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

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

a) ...

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.***

(...)

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.

(...).

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 via 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." **(Negrilla fuera del texto)**

De la jurisprudencia antes transcrita se evidencia que para prestar los servicios o suministrar bienes a una entidad estatal debe mediar indefectiblemente un contrato estatal, bajo las normas del estatuto contractual colombiano, debiendo por tanto, constar por escrito, en razón a que se trata de normas de orden público cuya inobservancia puede acarrear la ineficacia de cualquier acuerdo que se llegare a establecer. Al no haberse suscrito un contrato, se ha consolidado la hipótesis en que ha de encausarse la actuación procesal correspondiente, que no es otra que el medio de control de reparación directa, ello en razón a que la administración ha generado un hecho y de éste se ha beneficiado en detrimento de su aparente contratista, por tanto si éste prestó o suministró un servicio o bien sin el lleno de los requisitos legales merece su compensación, es decir, recibir el pago. Precisado lo anterior, se procede a realizar el estudio pertinente

a efectos de verificar si es o no procedente avalar el acuerdo al que llegaron las partes.

Competencia.

La Ley 640 de 2001 que regula aspectos relativos a la conciliación dispone en sus artículos 23 y 24:

> ***"ARTICULO 23. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*** *Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción*
>
> ***ARTICULO 24. APROBACIÓN JUDICIAL DE CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*** *Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable."*

En el presente caso el medio de control judicial a instaurar en caso de no aprobarse la conciliación sería el de Reparación Directa en la modalidad de *actio de in rem verso*, cuyo juez competente en primera instancia sería el Juez Administrativo de Arauca en razón al factor objetivo (naturaleza del asunto y la cuantía) y territorial, tal y como lo dispone el literal i, numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, de conformidad con lo anterior, corresponde al Despacho entrar a determinar si se reúnen los presupuestos procesales y materiales para la aprobación del acuerdo conciliatorio a través de los apoderados de las partes y llevado a efecto el día 12 de abril de 2018, ante la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos. Para el efecto, el Consejo de Estado[4] en reiterada jurisprudencia ha definido los siguientes supuestos, para la aprobación de la conciliación contenciosa administrativa:

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

Esta judicatura verificará si en el *sub examine*, se encuentran reunidos los presupuestos relacionados, que dicho sea de paso deben concurrir todos sin excepción, porque la ausencia de uno solo de ellos provocaría una decisión

[4] Cita efectuada en auto 0683(22232) del 03/01/30. Ponente: GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Actor: ROSANA GÓMEZ PATIÑO Y OTROS. Demandado: NACIÓN-INVIAS Y OTROS.

negativa frente al acuerdo conciliatorio por parte del Juez, quien ya no estaría obligado a verificar la existencia de los demás. Adicionalmente, cuando de proteger el patrimonio del estado se trata, la jurisprudencia ha consignado que respecto de la conciliación extrajudicial, sometida a consideración de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para su homologación, ésta debe estar sólidamente respaldada por las pruebas pertinentes, de modo tal que al realizarse el ejercicio de valoración sobre aquellas pruebas aportadas con la solicitud de conciliación el operador jurídico concluya sin duda alguna la existencia de una elevada probabilidad de producirse una condena contra la entidad pública convocada, en caso de que se recurra a la activación de las acciones contenidas en la ley 1437 de 2011.

Respecto de la oportunidad y la forma como deben allegarse las pruebas a la conciliación, el Decreto compilatorio 1069 de 2015, prescribe en su artículo 2.2.4.3.1.1.8 que, *"las pruebas deberán aportarse con la petición de conciliación, teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil"*, normas que en la nomenclatura del Código General del Proceso están definidas en los artículo 245 y 246.

ANALISIS DE LOS REQUISITOS FRENTE AL CASO CONCRETO.

➢ **La debida representación de las personas que concilian.** Se encuentra probado que ante la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca, hicieron presencia los apoderados que representaban a los convocantes de acuerdo con poderes obrantes a folios 20 a 32, respecto al Hospital San Vicente de Arauca, es preciso señalar que estuvo representado por el Asesor del Area Jurídica, en quien se delegó la facultad de asistir a las audiencias de conciliación, (fls 162 a 166).

➢ **La facultad de los representantes para conciliar.** El artículo 74 del Código General del Proceso aplicable por remisión normativa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que en los poderes especiales debe determinarse claramente el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro.

En el *sub lite*, el abogado **OSCAR EDUARDO SANTANA ARCINIEGAS** identificado con C.C No. 1.116.786.684 expedida en Arauca, portador de la T.P 248.672 del C.S. de la J, apoderado de los señores **SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUÍ HERNÁNDEZ, MAIRY LUZ NATERA OROZCO, DIANA MARCELA SARMIENTO PRADA, KATERYN MASIEL RODRÍGUEZ PÉREZ, ANA MARÍA UNDA COLINA, GINA PAOLA PARALES BELLO, SANDRA MILDRENIS CISNEROS SANTANA, MARYIN ENID GUALDRÓN GONZÁLEZ, ISLELLER KARINA CARILLO QUIÑONEZ** y **LINA GISELA OLIVOS MARTÍNEZ,** el abogado **OSCAR EDUARDO SANTANA ARCINIEGAS**", tiene autorización expresa para conciliar, conforme al reconocimiento de personería jurídica que se le hizo en la providencia que admitió la solicitud de conciliación extrajudicial, visible a folio 157 y su reverso, decisión que se sustentó en los poderes que obran a folios 20 al 32 del expediente.

Igualmente, el apoderado del **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, E.S.E.**, **ALEXANDER RIVERA ANDRADE** identificado con C.C No. 88.030.733 de Pamplona portador de la T.P 131.034 del C.S. de la J. está facultado de acuerdo al acta de posesión que lo acredita como Asesor del Área Jurídica, además de la

Resolución No2-0191 de 2016 en la que se le otorgó la facultad de conciliar judicial y extrajudicialmente, así se observa a folio, 162 a 166 y el parámetro allegado en la audiencia Conciliación el 13 de abril de 2018, que obra a folio 161; de todo ello quedó registro en el acta de conciliación.

Así las cosas, los apoderados se encontraban facultados expresamente para llegar al acuerdo conciliatorio celebrado en la audiencia del 13 de abril de 2018, cumpliéndose este segundo requisito (fls, 167 y 198 con sus reversos).

➢ **La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes y respeto de la materia sobre la cual versó el acuerdo.** Lo que se pretendió con la solicitud inicial de conciliación por los convocados en sus pretensiones fue el pago de los honorarios por concepto de los servicios prestados al Hospital San Vicente de Arauca, sin que mediara contrato alguno; solicitud sobre la cual la entidad convocada **E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA**, a través de su apoderado plasmo en la audiencia de conciliación de fecha 12 de abril de 2018, su propuesta así: *"El Comité de Conciliación del Hospital San Vicente de Arauca decide por unanimidad conciliar el proceso solicitado por el doctor **OSCAR EDUARDO SANTANA ARCINIEGAS,** teniendo en cuenta que se encuentra certificado el servicio prestado en la entidad por los periodos que se reclaman por cada uno los solicitantes, así las cosas, atendiendo la situación financiera de la entidad, se acuerda realizar pagos mensuales según el número de meses reclamados, generando el primer pago, seis meses después de homologada, aprobada y notificada la respectiva conciliación por el órgano judicial competente. Los honorarios se cancelarán de conformidad con la certificación que emita el respectivo líder del proceso. Anexo constancia del Comité de Conciliación firmada por el suscrito cómo Secretario Técnico del Comité en un folio. Con relación con los intereses generados el Comité de Conciliación manifiesta no conciliar, toda vez que el acuerdo establecido solo permite reconocer los honorarios adeudados. Se concede la palabra a la apoderada de la parte con vocante, quien manifestó: como apoderado de la parte convocan te, aceptó la fórmula de conciliación planteada por la entidad convocada, razón por la cual acepto dicha conciliación."* Donde la parte convocante acepto los términos.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección B, en la Sentencia del 14 de junio de 2012, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dijo:

> *"(...) la audiencia de conciliación pueda versar sobre derechos laborales, sólo que en este caso el alcance del acuerdo conciliatorio es limitado, pues el conciliador debe velar que no se menoscaben los derechos fundamentales.*
>
> *La jurisprudencia constitucional ha precisado que dicha limitación se refiere a que los derechos fundamentales no son objeto de transacción o desistimiento. En consecuencia, en principio no sería procedente recurrir a la conciliación[5], "Sin embargo, también ha establecido la Corte que la convocatoria que hace el juez de tutela a la audiencia de conciliación y la práctica de esta etapa procesal no son en sí mismas ilegales y por lo tanto no vician el trámite de la acción. Se hace necesario distinguir entre la conciliación como etapa procesal y el acuerdo conciliatorio."[6]*
>
> ***Así las cosas, siendo legal en sí misma la audiencia de conciliación como etapa procesal,** se debe reiterar que: "Esta apreciación debe entenderse en el sentido de que no puede transigirse menoscabando los derechos fundamentales. Pero, cosa diferente es que se llegare **a un acuerdo que precisamente conlleve la protección del derecho fundamental"[7].** Así en cada caso se debe analizar si la conciliación conllevó*

[5] T-374 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz, citada por la T-232 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[6] T-677 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
[7] T-232 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

realmente a "allanamiento del ente accionado a los hechos presentados por el accionante que dio como resultado un acuerdo sobre las alternativas técnicas para superar la violación del derecho."[8]*. (Subrayado fuera de texto).*

Por tanto se insiste en que si como resultado de la audiencia de conciliación, se protege el derecho reclamado en el proceso en razón de la fórmula de arreglo, que es aceptada por las partes y avalada por el conciliador, quien vela porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, dicho acuerdo debe tenerse como válido*[9]*.

(...)

...De modo que el juez sí puede válidamente convocar a las partes a una audiencia de conciliación aún cuando el derecho en discusión tenga el carácter de irrenunciable, o sea cierto e indiscutible cuando precisamente en esa audiencia se satisface y reconoce el derecho reclamado. *En ese evento "Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley", tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 640 de 2001."* (Negrillas por fuera del texto).

En desarrollo de la jurisprudencia en cita, considera el despacho que en el sub examine no se menoscaban derechos ciertos e indiscutibles, pero sí obtendría la satisfacción del derecho reclamado y de acuerdo con las pretensiones la controversia se suscita sobre derechos económicos relacionados con los honorarios por los servicios prestados durante algunos meses del año 2017, asunto que puede ser conciliable, siendo posible además que se reclame judicialmente a través del medio de control de reparación directa, debido al enriquecimiento sin causa de la entidad hospitalaria a costa de quienes son los convocantes en la conciliación prejudicial. Por estas razones, el requisito se encuentra cumplido.

➢ **Que no haya operado la caducidad de la acción.** De la oportunidad para demandar en cuanto a la reparación directa en la modalidad de *"actio de in rem verso"*, dispuso El artículo 164 numeral 2, literal i) de la Ley 1437 de 2011, dispone:

"i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia."

A su vez el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dispuso:

"ARTICULO 21*. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable."*

[8] T-677 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
[9] T-677 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Se concluye de la citada disposición, que el acuerdo conciliatorio cobija la cancelación de los honorarios adeudados a cada uno de los convocantes por trabajo realizado, cada uno en su cargo, durante los meses de junio y julio de 2017 sin que se haya suscrito contrato alguno; teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación se radicó el 12 de marzo de 2018 (fl 19 reverso), es evidente que frente al medio de control de reparación directa por causa del enriquecimiento sin causa, no se ha configurado el fenómeno de la caducidad; por consiguiente este requisito también se encuentra cumplido.

➢ **Ahora bien, en cuanto a los requisitos de "que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación y "que el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público y que no quebrante la ley".** El despacho precisa que el respaldo al que se hace referencia, va encaminado a verificar las pruebas aportadas en la solicitud de conciliación, y si éstas tienen la solidez necesaria para que el acuerdo pueda ser aprobado; por consiguiente al revisar las pruebas que fueron aportadas a la solicitud de conciliación extrajudicial, se encontró lo siguiente:

1- Derecho de petición radicado el 05 de octubre de 2017 por el apoderado de los convocantes, en el cual solicita al Hospital San Vicente de Arauca, reconocer a cada uno de sus poderdantes la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/L ($2.955.400.00), correspondiente a sus honorarios de los meses de junio y julio de 2017, por haber laborado sin que mediara contrato alguno, (fls 33 a 44).

2- Oficio TRD-100.17- G.J/ 764/2017, suscrito por el Raul Fernando García Loyo, Director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., en respuesta la petición registrada en el numeral 1, informando además sobre la decisión del Comité de Sentencias, Conciliación y Prevención del Daño Antijurídico, respecto al interés para cumplir con las obligaciones, a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (fls 45 a 50), cuyos anexos son:

a- Certificación del Lider de Departamento de Enfermería del H.S.V.A., E.S.E., informando que el personal que se registra en el listado adjunto, prestó servicios durante los meses de junio, julio y septiembre de 2017, cumpliendo con el objetivo de sus actividades en los diferentes procesos asistenciales. Relacionadas con el informe de acuerdo con las obligaciones descritas en cada caso en particular, (fls 46 a 50)

3- Derecho de petición radicado el día 20 de noviembre de 2017 por el apoderado de los convocantes ante la entidad hospitalaria, para solicitar documentos relacionados con la vinculación laboral de los convocantes, entre estos los contratos suscritos en los meses anteriores y posteriores a aquellos sobre los cuales se reclama por haber laborado sin vínculo contractual; también se solicitó información sobre la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal que cubriera los compromisos laborales para junio y julio de 2017, (fls 51 a 54)

4- Oficio TRD.17- G.J/21/2018, como respuesta al derecho de petición registrado en el numeral anterior, suscrito por el Director del Hospital San Vicente de Arauca, Raúl Fernando García Loyo. (fls 55 a 59).

5- Derecho de petición radicado el día 11 de enero de 2018 por el apoderado de los convocantes ante la entidad hospitalaria, solicitando respuesta a 14 peticiones sobre diferentes temas. (fls 60 a 62)

6- Oficio TRD.17- G.J/069/2018, como respuesta al derecho de petición registrado en el numeral anterior, suscrito por el Director del Hospital San Vicente de Arauca, Raúl Fernando García Loyo. Se aportaron anexos (fls 63 a 123).

7- Derecho de petición radicado el día 13 de febrero de 2018 por el apoderado de los convocantes ante la entidad hospitalaria, solicitando certificación sobre las funciones y/o actividades desarrolladas en los meses de junio, julio y septiembre de 2017 por sus 10 poderdantes. (fl 124)

8- Oficio TRD.17- G.J/152/2018, como respuesta al derecho de petición registrado en el numeral anterior, suscrito por el Director del Hospital San Vicente de Arauca, Raúl Fernando García Loyo. Se anexan certificaciones (fls 125 a 135).

9- Copia de la Ordenanza No. 22 de 1996, por medio de la cual se transforma el Hospital San Vicente de Arauca en una Empresa Social del Estado (fls 136 a 151)

10- Constancia suscrita por el Asesor Jurídico del Hospital San Vicente de Arauca, sobre la decisión del Comité de Sentencias, Conciliación y Prevención del Daño Antijurídico, en sesión del 09 de abril de 2018 (fl 161).

De las pruebas aportadas en la oportunidad prevista en el Decreto compilatorio 1069 de 2015, concretamente en su artículo 2.2.4.3.1.1.8 que, *"las pruebas deberán aportarse con la petición de conciliación, teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil"*, se extrae lo siguiente:

El despacho echa de menos el Acta del Comité de Sentencias, Conciliación y Prevención del Daño Antijurídico del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., que de acuerdo con la constancia visible al folio 161, se llevó a cabo el día 09 de abril de 2018; omisión que va en contravía del Decreto compilatorio 1069 de 2015, concretamente en su artículo 2.2.4.3.1.1.8, y de paso impide que esta judicatura conozca los pormenores sobre lo que realmente se ordenó conciliar; porque de la revisión de la constancia aportada en la Audiencia de Conciliación del 12 de abril de 2018, se evidencia la expresión, de manera generalizada, que la entidad hospitalaria dispuso CONCILIAR por los periodos que se reclaman, sin especificar a qué espacios temporales se refiere, el monto adeudado y quienes serían los beneficiarios.

Se hizo evidente además, que la certificación obrante a folios 46 y 85 es inconsistente al señalar que el personal al que hace referencia, de forma general, ***"cumplieron con el objetivo de sus actividades en los diferentes procesos asistenciales relacionadas en el informe de acuerdo con las obligaciones descritas en cada contrato en particular",*** afirmación que resulta contraria a la realidad si se tiene en cuenta que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, proviene precisamente del hecho que la prestación del servicio se realizó sin que mediara contrato escrito; como podría esta judicatura conocer la especificidad de las funciones de los convocantes, si como se aceptó por la entidad hospitalaria, no se suscribió contrato alguno con los convocante y por ello acudieron ante el Ministerio Público para agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, previendo, en caso de no ser aprobada, la activación del medio de control de reparación directa por *actio de in rem verso,* al considerar que los hechos son indicativos de la configuración de un enriquecimiento sin causa a favor el Hospital San Vicente de Arauca y el correlativo empobrecimiento de los convocantes.

La contratación estatal exigen una serie de ritualidades, dentro de las que se encuentra aquella en la que se precisa que debe contar por escrito; al respecto en la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, el 19 de noviembre de 2012, Consejero Ponente, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dijo lo siguiente:

> *"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..."*

El extracto jurisprudencia indica claramente, que cuando de prestar servicios o suministrar bienes a una entidad estatal, se trata, debe mediar inexcusablemente un contrato estatal, bajo las normas del estatuto contractual colombiano, donde se exige que éste debe constar por escrito, en razón a que se trata de normas de orden público cuya inobservancia puede acarrear la ineficacia de cualquier acuerdo que se llegare a establecer.

Adicionalmente, no fue posible verificar para todos los convocantes, que cada uno hubiera suscrito contratos de prestación de servicios durante los meses anteriores a junio y julio de 2017 y la razón es que únicamente se aportaron algunas relaciones[10] donde solo consta, los nombres de muchos contratistas, los meses trabajados antes de los períodos reclamados y el valor de cada mensualidad, que si en gracia de discusión fueran aceptadas como medio de prueba, estas carecen de información importante como lo es el número con el cual se identifican cada uno de los contratos de las personas que fueron relacionadas en estas planillas, generando la imposibilidad de establecer si realmente los reclamantes previamente a los meses de junio y julio de 2017, estuvieron laborando conforme las exigencias de los contratos de prestación de servicios, dentro de las cuales se dispone que para que un negoció jurídico de esa naturaleza tenga validez, éste debe contar por escrito; a lo anterior se suma el hecho de que no se aportaron esos contratos, si es que realmente existieron.

Así las cosas, el apoderado de los convocantes señala que éstos actuaron bajo la confianza legítima que les generaba la entidad convocada, para prestar los servicios hospitalarios con la idea de que los contratos por los períodos que se reclaman, se suscribirían posteriormente; añadió que para la época la entidad hospitalaria no expidió certificado de disponibilidad presupuestal y mucho menos expidió el contrato de OPS, incumpliendo así su compromiso y en consecuencia se ha generado un enriquecimiento a favor de la entidad y correlativamente un empobrecimiento de quienes desempeñaron sus actividades sin obtener el pago de los honorarios correspondientes. Por tanto recurre a la figura jurídica de la

[10] Fls 58 y 59

actio de in rem verso, como alternativa para poder obtener la restitución de lo que económicamente le corresponde a cada uno.

A pesar que el apoderado convocante expresa que la situación de sus poderdantes se encuadra perfectamente dentro de las excepciones planteadas en la Sentencia de Unificación del 9 de noviembre de 2012, para que proceda la *actio de in rem verso*, concretamente aquella relacionada con la prestación de servicios de salud, esa concepción no es compartida por el despacho, debido a que la misma requiere demostrar que el actuar de los convocantes, sin cumplir con el requisito de un contrato escrito, se debió a situaciones de urgencia y necesidad y por lo tanto se omitió el procedimiento para seleccionar el contratista para poder asistir, a una persona en concreto y afiliada al sistema de salud, de manera inmediata y conjurar una amenaza o una lesión inminente e irreversible en su salud.

La aludida sentencia precisó lo siguiente.

(...) ***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:***

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.*

(...)

(Subrayado y negritas fuera de texto)

No obstante el anterior pronunciamiento de Unificación, el Honorable Consejo de Estado, en varias providencias recientes ha precisado que la urgencia y necesidad, prevista en la excepción referida en el literal b) de la sentencia del 19 de noviembre de 2012, para prestar un servicio sin que exista un contrato escrito que lo autorice, debe surgir de manera objetiva, al igual que los motivos que hicieron imposible cumplir con todas las etapas que exige el procedimiento contractual, para la correcta incorporación del personal que se llegase a requerir.

La anteriores precisiones, fueron expuestas en la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente **25000-23-15-000-2001-00491-01(29869) Consejero Ponente, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA,** quien expresó lo siguiente:

"4.1 La urgencia y necesidad de prestar el servicio sin la suscripción del correspondiente contrato deben aparecer de manera objetiva y manifiesta.

En cuanto a la urgencia en la prestación del servicio, la Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que dicha urgencia ha tornado objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación del servicio a la salud, toda vez que de no hacerlo pueden presentarse perjuicios irremediables en las personas que acceden a dicho servicio[11].

Y, respecto a la necesidad del servicio, la Corte Constitucional ha establecido que es necesaria la prestación del servicio de salud, con el fin de evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad de la persona.

4.2 La imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y contratación nacen de la urgencia y necesidad del servicio.

Asimismo la Sección exigió que la urgencia y necesidad del servicio ubiquen a la entidad pública y a su contratista en imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de contratación. De manera que no se trata de cubrir el simple olvido o negligencia de la administración o de su colaborador sino de amparar situaciones excepcionales.

Al respecto, debe preverse la trascendencia del principio de planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, el cual guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación.

Ahora bien, aunque el legislador no ha tipificado la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6,7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2° del Decreto 01 de 1984, según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que:

"(...) La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir en violación del principio de legalidad[12]".

De manera que la planeación y la totalidad de sus exigencias constituyen el principio de la actividad contractual, pregonan la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad de la actuación contractual y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado.

Entonces, es evidente que la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial el de la transparencia y el de la economía, dependen en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación

[11] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.
[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de febrero de 2012. Exp.: 22464.

e, igualmente, con el deber de selección objetiva de los contratistas mediante la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción del servicio público.

4.3 La acreditación plena de los elementos de la excepción y la regla general

Asimismo, es necesario resaltar que la Sección exige que los elementos antes mencionados se encuentren plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, de manera que el juzgador no "pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la [providencia de unificación], 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".

Al respecto la jurisprudencia precisó:

*"que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia[13] a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831[14] 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".*

5.1 Valoración probatoria frente a la prestación del servicio de donde se desprende el enriquecimiento sin causa

Al efecto, la Sala ha hecho una valoración exhaustiva del material probatorio obrante en el plenario, el cual se relaciona a continuación, junto con los comentarios que sobre cada medio de convicción conviene hacer, (...)

(...)

(...)

*De otro lado, concretamente **sobre la pretensión de actio de in rem verso se dejó dicho que quien la ejerza debe acreditar que el servicio prestado sin el correspondiente amparo contractual tuvo como finalidad "evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud" de determinado afiliado, en razón a lo cual deben aparecer objetiva y manifiestamente acreditadas la urgencia y necesidad del servicio que ubicaron a las partes en la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y celebración del contrato.***

Como puede verse dentro del material probatorio exhaustivamente examinado y citado, no existe en el plenario ni un solo medio probatorio que demuestre las situaciones fácticas requeridas para la prosperidad de las pretensiones.

*Es así que los beneficiados con la prestación del servicio cuyo reconocimiento se demanda no se encuentran identificados y, mucho menos, se estableció su vinculación al sistema de salud mediante afiliación a CAJANAL E.P.S.; no se individualizaron los servicios cuyo reconocimiento se demanda; **tampoco se acreditaron las circunstancias que justificaron la prestación ni el momento, lugar y modo en que se ejecutó dicha prestación.***

Ahora bien, si a esta conclusión se llega frente a los requerimientos generales para el reconocimiento de la deuda, qué podrá decirse frente a los elementos específicos que configuran el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en sede contencioso administrativa, pues, es evidente que la urgencia y necesidad del servicio no aparecen manifiestos y, mucho menos, puede afirmarse la existencia de circunstancias que

[13] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.
[14] Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

conllevaron la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y celebración del contrato.

Lo anterior es consecuencia del material probatorio obrante en el plenario que presenta información global, general y abstracta y no especifica los conceptos ni las circunstancias que exigieron la prestación del servicio, de modo que no le permite a la Sala extraer los elementos cuya acreditación se requiere.

Además, la mayoría de los documentos provienen de la sociedad demandante y no se hallan en el expediente los soportes que permitan verificar la información en ellos contenida.

(...)". (Negritas y Subrayado fuera de texto)

Las anteriores expresiones del aparte jurisprudencial fueron consideradas también en el expediente con radicado 23001-23-31-000-2008-00149-01, Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, de la Sección Tercera, quien al proferir la sentencia del 20 de febrero de 2017, señaló:

"3.3 La acreditación plena de los elementos de la excepción y la regla general.

Asimismo, es necesario resaltar que la Sección exige que los elementos antes mencionados se encuentren plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, de manera que el juzgador no "pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la [providencia de unificación], 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".

Al respecto la jurisprudencia precisó:

*"que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia[15] a partir del artículo 8° de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831[16] 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".*

4. El enriquecimiento sin causa en el caso concreto.

En el caso de autos la Sala observa que la situación fáctica planteada por el Hospital demandante refiere la prestación de servicios médico – hospitalarios – quirúrgicos especializados a pacientes vinculados a cargo del Departamento de Córdoba, que ingresaron por el servicio de urgencias o de manera electiva durante la vigencia 2007, y que dicha prestación de servicios se efectuó sin la suscripción de contrato alguno.

En este orden de ideas, la Sala prevé que las circunstancias planteadas por la demandante podrían ajustarse al literal b) de las excepciones enunciadas por la Sección, toda vez que refieren la prestación del servicio de salud.

*Sin embargo, no puede perderse de vista la exigencia según la cual debe quedar plenamente acreditado en el proceso contencioso administrativo que la prestación del servicio sin el correspondiente amparo contractual obedeció a un evento "urgente y necesario" donde se trató de "evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud" **de determinado afiliado**.*

[15] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.
[16] Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

Al respecto se dijo que "la urgencia y necesidad (...) deben aparecer de manera objetiva y manifiesta" y conllevar "la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos", circunstancias que, igualmente, "deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo.

(...)" (Negritas y subrayado fuera de texto)

Con base en todo el recorrido que se ha realizado dentro del presente asunto, en relación con las pruebas y la jurisprudencia sobre la procedencia del *actio de in rem verso,* se hizo evidente que algunas piezas probatorias sugieren, que los convocantes laboraron durante los meses reclamados, pero se echan de menos la prueba que conforme a la exigencia jurisprudencial permita conocer los motivos de urgencia y necesidad del servicio que dieron pie para que la administración del Hospital San Vicente de Arauca, tomara la determinación de incorporar a estos trabajadores, sin cumplir con el procedimiento legal para su contratación.

La jurisprudencia en sus recientes pronunciamientos ha ido más allá de las excepciones propuestas en la sentencia del 19 de noviembre de 2012, para la procedencia de la *actio de in remverso*, concretamente, aquella prevista e en parte del literal b), referente a que la urgencia y necesidad del servicio se presentó con el propósito de *"evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud...",* tanto así que en las decisiones de enero de 2016 y febrero de 2017, prescribió que **se debe determinar el afiliado sobre quien recayó el procedimiento para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible a su derecho a la salud**.

Si bien es cierto, con la solicitud se aportaron sendas certificaciones donde se exponen algunas funciones para cada una de las auxiliares de enfermería y además de los cuadros de turnos en los que participaron, también lo es, que en estos documentos no se nota en todas estas actividades que exista alguna que pueda indicar con alguna claridad la clase de procedimiento médico en los que participaron activamente para evitar una amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud y que además se haya producido por una situación de urgencia.

Es importante aclarar, que a los centros hospitalarios, acuden muchos usuarios, para que allí les presten los servicios que cada uno requiera, de acuerdo a su condición de salud, por supuesto unos más delicados que otros, y en cada caso intervienen un sinnúmero de personas al servicio de la salud; precisamente, existe orfandad probatoria respecto a la actividad que cada uno de los convocantes llevó a cabo de manera directa para atender a determinado usuario del servicio de salud, que como lo señaló la jurisprudencia reciente, debe estar debidamente identificado, además de la indicación del servicio prestado para poder determinar si se trataba de una **situación de extrema urgencia y necesidad para evitar una amenaza o una lesión inminente al derecho a la salud de dicho afiliado**, valga decir, esa condición debe estar perfectamente acreditada dentro del plenario para que pueda aceptarse la procedencia la *actio de in rem verso*. Adicionalmente, es preciso anotar que de las pruebas adosadas a la solicitud de conciliación, no es posible determinar, al menos para aquellos que no fueron vinculados en áreas administrativas, si los servicios se prestaron a pacientes de urgencias o de consulta externa, por cuanto las certificaciones no son específicas en ese sentido.

Para esta judicatura, es inaceptable la ya institucionalizada justificación de las entidades del área de la salud, referida a que en razón al elevado número de

pacientes que deben atender, a veces el personal de planta puede llegar a ser insuficiente y por ello, se ven obligados vincular personal a través de contratos de prestación de servicios; esta conducta va en contravía de los principios básicos de la administración, tales como la PLANEACIÓN, ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL, que entre otras ventajas, permiten prever aquellas contingencias que podrían afectar el objeto social y la prestación del servicio, con el propósito de emitir las directrices adecuadas en relación con los recursos humanos, en cuanto vincular legalmente el personal necesario; y financieros, relacionado con el presupuesto adecuado para cubrir la parte salarial de esos trabajadores.

A pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales que propugnan por la vinculación mediante contrato laboral, aún se sigue incorporando en las entidades públicas, personal bajo órdenes de prestación de servicios, y lo reprochable es que en este trámite también se desconoce el principio de PLANEACIÓN, que si bien no fue nominado como tal expresamente en el Estatuto General de la Contratación, se desprende con absoluta claridad de algunas de las disposiciones allí contenidas, así como de la propia normatividad constitucional y de las reglas previstas el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; este principio se materializa en la labor coordinada de la administración para establecer la necesidad pública a satisfacer y el objeto a contratar, y algo no menos importante, la apropiación de los recursos necesarios para el pago de las obligaciones derivadas de ese contrato.

De todo lo anterior, concluye esta judicatura que al no haberse cumplido con los requisitos relacionados con, **"que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación,** conlleva ineludiblemente a descartar la aprobación de la conciliación extrajudicial administrativa bajo estudio, porque no existió una causa que justifique, el proceder de la Administración para obviar el ordenamiento legal en materia de contratación; no se logró probar que la motivación de la administración del Hospital San Vicente de Arauca para vincular a estas personas, se produjera para atender una situación **urgente y necesaria donde se trató de evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible del derecho a la salud de determinado afiliado.**

Y es que el acuerdo conciliatorio, no será aprobado entre otras cosas, atendiendo las manifestaciones del Consejo de Estado, respecto a la utilización de este mecanismo alternativo de solución de conflictos en los que se pueden presentar actuaciones para soslayar el cumplimiento de cierto requisitos; al respecto ha dicho:

> *"... como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las partes, sin reparar en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público, como quiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales, debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial.*
>
> *(...) pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.*

En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad –tal como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública"[17]

En consecuencia, el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en mérito de lo expuesto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: IMPROBAR el acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado entre la las señoras **SHIRLEY PATRICIA ZOCADAGUÍ HERNÁNDEZ, MAIRY LUZ NATERA OROZCO, DIANA MARCELA SARMIENTO PRADA, KATERYN MASIEL RODRÍGUEZ PÉREZ, ANA MARÍA UNDA COLINA, GINA PAOLA PARALES BELLO, SANDRA MILDRENIS CISNEROS SANTANA, MARYIN ENID GUALDRÓN GONZÁLEZ, ISLELLER KARINA CARILLO QUIÑONEZ** y **LINA GISELA OLIVOS MARTÍNEZ** y el **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E.**, a través de sus apoderados, celebrado en la Procuraduría 64 Judicial I para asuntos administrativos de Arauca, consignado en el Acta de Audiencia del día 13 de abril de dos mil dieciocho (2018), visible a fls. 167 - 168.

SEGUNDO: SEGUNDO: Notifíquese por estado a las partes y al Ministerio Público, conforme al artículo 201 del CPACA.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, dispóngase el desglose de los documentos anexos aportados con la conciliación para ser entregados al apoderado de los convocantes.

CUARTO: Ordenar el archivo de las diligencias adelantadas en éste despacho judicial y las constancias del desglose del numeral anterior, archívese el expediente con las anotaciones a que haya lugar en el Sistema de Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ HUMBERTO MORA SÁNCHEZ
Juez

[17] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Exp. 8331. Auto de 7 de febrero de 2002, en el mismo sentido Exp. 20801, Auto de diciembre 12 de 2001.

Juzgado Primero Administrativo de Arauca

SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado No. **155** de fecha **18 de Diciembre de 2018.**

La Secretaria,

Luz Stella Arenas Suárez