



Arauca, Arauca, 04 de junio de 2019.

Radicado No. : 81 001 3333 001 2018 00369 00
Convocante : Ingrid Lorena Rodríguez Suarez y otros
Convocado : Hospital San Vicente de Arauca ESE
Naturaleza : Conciliación Extrajudicial Administrativa

Procede el Despacho a resolver lo pertinente sobre la legalidad de la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia, la cual fue remitida por la Procuraduría 52 Judicial II Administrativa de Arauca.

ANTECEDENTES

i. De la solicitud de conciliación.

1.1. Sustento Fático.

1.1.2 Las personas que se relacionarán a continuación, mediante apoderado presentaron solicitud de conciliación extrajudicial administrativa, convocando al Hospital San Vicente de Arauca ESE, para conciliar la pretensión de pago de los honorarios que aduce fueron causados como consecuencia de los servicios prestados así:

| No. | Nombres | Cargo | Periodo | Valor Mensual | Valor total adeudado |
|-----|---------------------------------|-----------------|------------------|---------------|----------------------|
| 1 | Ingrid Lorena Rodríguez Suarez | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2017 | \$1.477.700 | |
| 2 | Keyla Yurley Florez Garcés | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2017 | \$1.477.700 | |
| 3 | Alix Patricia Reyes Sampayo | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | |
| 4 | Jessica Josefa Parra Villamizar | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2.017 | \$1.477.700 | |
| 5 | Milena Enidia Lizarazo Castaño | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2.017 | \$1.477.700 | |
| 6 | Edgar Eduardo Zabala Pabón | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2.017 | \$1.477.700 | |
| 7 | Tania Yelissa Robinsón Miller | Aux. Enfermería | 1 al 30-06-2.017 | \$1.477.700 | \$2.955.400 |
| | | | 1 al 31-07-2.017 | \$1.477.700 | |

1.1.2. Como sustento afirma que el Hospital San Vicente de Arauca, no cuenta con una planta de personal suficiente para responder a sus obligaciones constitucionales y legales, y por ello, vinculó mediante contratos de prestación de servicios al anterior personal.

1.1.3. Expone que al finiquitarse los contratos de prestación de servicios celebrados por cada uno de los convocantes, el Hospital en los meses de **junio y julio del año 2017** requirió de sus servicios fijándoles turnos y jornadas laborales por orden del Director de la Entidad, los cuales fueron prestados de buena fe y ante la confianza legítima que se tenía.

1.1.4. Refiere que la relación contractual por el periodo mencionado no se formalizó, porque el Hospital no expidió disponibilidad presupuestal ni realizó el proceso de contratación, faltando al deber de garantizarles a los convocantes la remuneración por sus servicios y el amparo a una vida digna, mínimo vital, seguridad social, entre otros.

1.1.5. Añade que la convocada obtuvo provecho de sus servicios, por cuanto los mismos fueron prestados a satisfacción en las diferentes áreas del Hospital, por ello presentaron solicitud de pago frente a la cual se obtuvo como respuesta el reconocimiento de los servicios prestados en el periodo junio y julio del año 2017, estableciendo un valor mensual para cada uno, empero supeditó el pago al cumplimiento previo de la conciliación extrajudicial administrativa.

1.1.6. Indica que ante la respuesta anterior, presentó derecho de petición para recaudar información que sustentara la solicitud de conciliación, y frente una de las inquietudes formuladas, el Hospital justificó la vinculación sin contrato de los convocantes "*al ser esta una Empresa Social del Estado Prestadora de Servicios de Salud debemos garantizar la atención a toda la población Araucana, por lo que a pesar de que no existiera contrato, la necesidad del servicios 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*"; otro de los argumentos que ofreció la ESE, es que para los meses de junio y julio de 2017, no contaba con recursos para financiar la contratación de éste personal.

1.1.7. Dice que en los aludidos meses la facturación alcanzó las 15.960 atenciones sobre pacientes que requirieron servicios de salud de manera urgente e inminente.

1.1.8. Concluye que de acuerdo a lo expuesto, se presenta en este caso un enriquecimiento sin justa causa, dado el provecho del hospital a expensas del empobrecimiento de los convocantes, quienes padecieron un daño antijurídico resarcible.

2. Pretensiones.

En resumen se formularon las siguientes:

2.1. Que la Entidad convocada en audiencia de conciliación extrajudicial, concertara la reparación de los daños antijurídicos causados a cada uno de los convocantes, por el enriquecimiento sin justa causa de la administración en el periodo de junio y julio de 2017, y con ello precaver la acción judicial de reparación directa - *actio in rem verso*.

2.2. Que el Director del Hospital se comprometiera al pago en audiencia de conciliación de los honorarios causados en dicho periodo, por los valores relacionados en cuadro *ut supra*.

2.3. Que se reconocieran intereses y costas procesales, de acuerdo a la ley.

3. Trámite.

3.1. La solicitud de conciliación fue presentada y le correspondió conocerla a la Procuraduría 52 Judicial II Administrativa de Arauca.

3.2. Luego del trámite de rigor, se llevó a cabo la audiencia en la cual se acordó: **i)** pagar dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación de la conciliación, los valores pretendidos por cada uno de los convocantes; y **ii)** no reconocer intereses por estos valores (fls. 319-322).

3.3. El acta fue remitida y por reparto le correspondió a este Juzgado.

CONSIDERACIONES

- **Conciliación extrajudicial administrativa. Breve reseña histórica desde el punto de vista normativo.**

1. Desde antes de regir la Constitución de 1991, el legislador había contemplado en materia contenciosa administrativa, la conciliación extrajudicial sobre pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (art. 59 ley 23/1991¹). Desde esta época se prohibía expresamente la conciliación en materia tributaria.

2. Con la ley 446 de 1998, se definió la conciliación extrajudicial como *"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"* (art. 64), y se permitió a las Entidades públicas conciliar los procesos ejecutivos contractuales, siempre que se hubiesen propuestos excepciones de mérito (art. 70).

3. Después se produce la ley 640 de 2001, la cual amplía la regulación frente a la conciliación extrajudicial, modifica algunas existentes y dispone un procedimiento sobre este mecanismo en materia contenciosa administrativa, radicando en cabeza de los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción la competencia para tramitarlas (arts. 23², 24 y 25). Además refiere de forma expresa que para formular la acción de repetición, la conciliación no constituirá requisito (parágrafo 1, art. 37).

4. Con la promulgación de la ley 1285 de 2009 (art. 13), se añade el artículo «42A» a la ley 270 de 1996, estatuyendo la obligatoriedad de la conciliación prejudicial administrativa *"cuando los asuntos sean conciliables...de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo"*

5. Igualmente interesa traer a colación la expedición del Decreto 1716 de 2009³ -*como reglamento del art. 13 de la ley 1285 de 2009, del art. 75 de la ley 446 de 1998 y del capítulo V de la ley 640 de 2001-*, el cual además de reiterar lo consignado en la normatividad anterior, reguló el rol del comité de conciliación y prevención del daño antijurídico dentro de las entidades estatales.

6. Por último cabe anotar, que mediante la ley 1739 de 2014 se habilitó la conciliación en materia tributaria, cambiaria y aduanera, siempre que se adelante **dentro de un proceso judicial** y se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 55 de dicha ley.

- **La conciliación extrajudicial administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado.**

1. La institución de la conciliación extrajudicial administrativa ha sido analizada por el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia, de la cual importa destacar algunas reglas importantes.

¹ "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones"

² El texto original del artículo 23 de la ley 640 de 2001, también confiaba a los centros de conciliación autorizados, la atribución para conocer de conciliaciones administrativas, no obstante, la Corte Constitucional mediante sentencia C-893 de 2001 declaró inexecutable esta facultad

³ Hoy compilado dentro del Decreto único Reglamentario 1069 de 2015.

2. Se ha dicho que aunque la conciliación extrajudicial constituya un mecanismo amigable de terminación o precaución de litigios, al que las partes pueden llegar de forma libre ante un tercero imparcial, lo acordado **no** conduce *per se* a su aprobación judicial, en tanto al juez le corresponde determinar la legalidad del compromiso, teniendo en cuenta la naturaleza pública de los recursos estatales⁴.

3. Para que la conciliación sea aprobada por el juez que controla la legalidad, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos:

“**A. Caducidad:** que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción (artículo 61 Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 Ley 446 de 1998). (...)”

B. Derechos económicos: que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos económicos disponibles por las partes (artículo 59 Ley 23 de 1991 y 70 Ley 446 de 1998). (...)”

C. Representación, capacidad y legitimación: que las partes estén debidamente representadas, tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada su legitimación en la causa. (...)”

D. Pruebas, legalidad y no lesividad: que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A Ley 23 de 1991 y artículo 73 Ley 446 de 1998)...⁵”

Los requisitos precitados deben obrar en su totalidad dentro del acuerdo extrajudicial, pues la sola falta de uno de ellos conllevaría necesariamente a su improbación, quedando relevado el operador judicial de estudiar la existencia de los demás, dada la naturaleza de inseparabilidad de los mismos.

4. Como la conciliación refleja la voluntad libre de las partes de satisfacer determinada pretensión de manera directa, el juez puede aprobarla, incluso, de modo parcial, siempre que no se afecte o fraccione la unidad material de la pretensión específica acordada, de manera que se le otorgue efectos jurídicos a la decisión amistosa, sin que se varíen aspectos medulares del arreglo:

“Aprobarlo parcialmente significa que, después del estudio respectivo, se concluye que algunos de los puntos que se acordaron se ajustan a los presupuestos prescritos para su aprobación, pero otros no. Por ejemplo, si se concilia en la totalidad de las pretensiones indemnizatorias, es posible que el daño moral se encuentre acreditado dentro del proceso, pero el perjuicio material no, por lo tanto, a pesar de que las partes hayan consentido en dicha solución, no podría el juez darle vía libre a esta manifestación, si una parte del mismo no cumple con los requisitos necesarios, entonces aprobarlo parcialmente sería permitir que el acuerdo sobre perjuicios morales haga tránsito a cosa juzgada, pero que el litigio respecto al daño material debe continuar el trámite judicial.

Un escenario diferente se presenta cuando el juez interviene en el acuerdo modificando su contenido, esto es, si por ejemplo se pactó un plazo de dos años para

⁴ CE. Secc. III. Providencia del 18 de julio de 2007. MP. Ruth Stella Correa Palacios. Exp. 31838: “Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado- como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, **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**”

⁵ CE. Secc. III. Subsecc. A. Providencia del 24 de julio de 2018. MP. Carlos Alberto Zambrano B. Exp. 46768.

cumplir con la obligación, y el juez procede con la aprobación del mismo pero reduciendo el plazo a un año.

Ahora, si bien los tres supuestos anteriores son posibles fácticamente hablando, lo cierto es que el ordenamiento jurídico colombiano, vía jurisprudencial, ha reducido la posibilidad del juez a aprobarlo totalmente o improbarlo totalmente, basando su tesis en el hecho de que la ley, al definir dicho trámite judicial, solo dotó al juez de esas dos posibilidades, pues el artículo 24 de la Ley 640 de 2001...

(...)

En este sentido, se ha observado como la negativa a aprobar parcialmente los acuerdos, ha limitado la consecución del fin mismo de la conciliación, que es la resolución del conflicto por las mismas partes, lo que contribuye indirectamente a la descongestión judicial.

En conclusión, es evidente la necesidad de **realizar un cambio jurisprudencial**, en tanto se está desconociendo la importancia de los acuerdos válidos que logran las partes, subordinándolos al devenir de los acuerdos que no cumplieron con los requisitos para su aprobación. Entonces, como la aprobación parcial no significa una injerencia en la esfera privada de los administrados, en tanto no se está resolviendo el sentido de los temas improbados, puesto que queda abierta la posibilidad que tienen las partes de volver a conciliar sobre estos o permitir su trámite vía jurisdiccional, nada obsta para que se permita aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios, en aras de realizar los fines de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y contribuir con la descongestión judicial⁶ (se resalta).

✓ **Revisión de la conciliación extrajudicial.**

Expuesto lo anterior, el Despacho procederá a estudiar cada uno de los requisitos enunciados en la motivación 2.3 de esta providencia, así:

1. Caducidad: Lo primero que vale manifestar es que de acuerdo a la jurisprudencia contenciosa administrativa⁷, el medio de control de reparación directa es el procedente para reclamar la indemnización de aquellos daños causados por *enriquecimiento sin justa causa*.

Ahora bien, conforme al artículo 164.2, literal i) del CPCA, este medio de control caduca al cabo de dos años contados "*desde el momento mismo del acaecimiento del daño... el cual [ocurre frente a reclamaciones por enriquecimiento sin justa causa] inmediatamente el afectado termina de prestar a la entidad los servicios personales no remunerados, puesto que es ahí cuando culmina la realización de una labor que de ordinario conlleva a una prestación, sin que exista esperanza de recibirla, comoquiera que no media un contrato estatal en tal sentido*"⁸

Como esto es así, para el Despacho la solicitud de conciliación bajo estudio se formuló en tiempo, toda vez que cada uno de los convocantes la adelantó para lograr el pago de los servicios personales prestados al Hospital San Vicente de Arauca, durante los meses de junio y julio del año 2017, y la conciliación se formuló el 24 de septiembre de 2018 (fol. 89), esto es, dentro de los dos años siguientes a la cesación de las actividades no pagadas.

2. Derechos económicos. Este requisito se satisface en tanto se observa que el acuerdo versó sobre derechos de contenido económico de solución disponible para las partes, en primer lugar porque las

⁶ CE. Secc. III. Auto del 24 de noviembre de 2014. MP. Enrique Gil Botero. Exp. 37747.

⁷ CE. Secc. III. Sentencia de unificación 19 de noviembre de 2012. MP. Jaime O. Santofimio G. Exp. 24897. Igualmente Secc. III. Subsecc. C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. MP. Jaime O. Santofimio G. Exp. 48355.

⁸ CE. Secc. III. Subsecc. B. Sentencia del 7 de febrero de 2018. MP. Danilo Rojas B. Exp. 42623.

pretensiones tienen como objeto el resarcimiento patrimonial de los daños que dice la parte convocante les causó la entidad convocada, y en segundo lugar, porque la conciliación en materia de *enriquecimiento sin justa causa* no se encuentra expresamente prohibida, limitada o condicionada.

3. Representación, capacidad y legitimación. Este presupuesto se evidencia satisfecho, en la medida que las partes conciliantes son capaces en los términos del artículo 1503 del Código Civil para ser sujetos de derechos y obligaciones, si se tiene en cuenta que los convocantes son mayores de edad y la ESE convocada es un ente descentralizado con personería jurídica propia (fls. 79-88)

La legitimación por activa como por pasiva salta a la vista, por cuanto se procura el resarcimiento de los derechos patrimoniales con relación al servicio prestado por los propios convocantes, y la entidad convocada fue la beneficiaria de los mismos.

Además las partes estuvieron en la audiencia de conciliación debidamente representadas mediante apoderado judicial, según lo exige el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009, tal como se constata en el acta de conciliación (fls. 96-97).

4. Pruebas, legalidad y no lesividad.

4.1. Antes de entrar en materia el Juzgado quiere aclarar que para reclamar el resarcimiento causado por enriquecimiento sin justa causa, no hace falta que el interesado de manera previa haya acudido a la administración para provocar su respuesta en sede administrativa, en tanto para ejercitar el medio de control de reparación directa, o la conciliación prejudicial, es suficiente con que la parte actuante alegue el acaecimiento del daño:

“Nótese como en lo relativo a esta acción el término de caducidad no está sujeto a la expedición de un acto administrativo o a la producción de un silencio administrativo negativo, como sí sucede en la acción de nulidad..., por el sencillo hecho de que lo que se demanda es el enriquecimiento sin causa, propiamente dicho, y **no la decisión voluntaria y consciente de la entidad pública de no pagar al particular una suma de dinero.**

... tratándose de una *actio in rem verso* por cuenta del no pago de un servicio personal prestado el daño que se demanda es el empobrecimiento que al actor le produjo el correlativo enriquecimiento de la demandada...

No se está ante una omisión, teniendo en cuenta que el daño no deriva del incumplimiento del deber de la entidad de pagarle al demandante una suma de dinero por sus servicios, sino del hecho mismo de su enriquecimiento sin causa, puesto que, como ya se dijo, en cabeza de ella no existía ninguna obligación en tal sentido, ante la ausencia de un contrato que sirviera como título jurídico para el efecto” (se resalta)

Esto para advertir que si bien la convocante a saber: TANIA YELISSA ROBINSON MILLER, no demostró que previo a formular la solicitud de conciliación presentó solicitud de pago de los meses en que aduce prestó sus servicios al Hospital sin soporte contractual, tal como lo hicieron los demás convocantes, dicha omisión no afecta su posibilidad de acudir directamente, vía conciliación extrajudicial, a gestionar el resarcimiento del empobrecimiento injusto alegado.

⁹ CE. Sec. III. Subsecc. B. Exp. 42623, sentencia ya citada.

4.2. Ahora bien, en punto a resolver si la conciliación aquí estudiada **i)** se sustenta en pruebas, **ii)** no infringe la ley **iii)** ni lesiona el patrimonio público; el Despacho debe traer a colación las reglas de unificación del Consejo de Estado en materia de *enriquecimiento sin justa causa*:

“12.1... 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 (...), **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 (...)

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 (...)

...la buena fe objetiva «*que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*», es la fundamental y relevante en materia negocial y «*por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual*», cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “*constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.*”¹⁰

(...)

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

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

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

b) En los que es **urgente y necesario** adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal,

¹⁰ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que **debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria** y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993” (El Despacho resalta).

Como la conciliación bajo estudio se formula para lograr el pago de unos servicios prestados sin fundamento contractual, en principio y por regla general sentada en la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado, lo acordado sería ilícito; no obstante, el Despacho avanzará en el análisis del caso, para determinar si se concilió servicios que puedan enmarcarse dentro de los eventos excepcionales sobre los cuales resulta procedente la *actio in rem verso*.

4.2.1. Una revisión de la actuación denota que el caso no encaja dentro de la primera excepción establecida por la jurisprudencia, por cuanto no se acredita que el hospital haya **constreñido o compelido** a los convocantes para que prestaran sus servicios personales. Por el contrario, como se menciona en la misma solicitud de conciliación las actividades se efectuaron de forma voluntaria, esto es, sin vicio del consentimiento por *error, fuerza o dolo* (art. 1508 C.C) *"debido a la confianza legítima que se tenía con la entidad convocada Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., previa Orden del Director y demás Funcionarios e Imposición de jornadas laborales asignadas mediante los cuadros de turnos y cumplimiento de horario, se procedió a prestar los Servicios Profesionales de Buena Fe, por parte de todos los convocantes (fol. 5; hecho 7.9)"*

4.2.2. Como la entidad que se benefició de los servicios de los convocantes es una Empresa Social del Estado del orden Departamental cuyo objeto es *"la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud"* que se ocupa de adelantar *"acciones de educación, promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud"*¹¹, el juzgado ahora evaluará si el acuerdo logra adecuarse en la segunda excepción indicada en la sentencia de unificación, que permite la procedencia de la *actio in rem verso* frente a servicios adquiridos sin formalización contractual para evitar la lesión irreversible al derecho a la salud, como consecuencia de la imposibilidad de planificar el proceso de selección pertinente.

Al respecto la jurisprudencia al desarrollar esta excepción, explicó:

“...por tratarse de un derecho de carácter fundamental, la Sala admite excepcionalmente la prestación del servicio de salud sin el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el régimen de contratación estatal, aunque, es categórica en exigir para su configuración, que el servicio prestado sin el amparo

¹¹ Ordenanza No. 22 de 1996 *"por la cual se transforma el Hospital San Vicente de Arauca en una Empresa Social del Estado"* (arts. 2 y 5), fls. 79-85 Exp.

contractual se encuentre dirigido a «evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud», en razón a lo cual se establecieron como requisitos que:

3.1 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.

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.

3.2 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.

(...)

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».

(...)

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 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.

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 acreditados 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»¹².*

¹² CE. Secc. III. Subsecc. C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. MP. Jaime O. Santofimio G. Exp. 48355.

En síntesis, para que de acuerdo a la excepción en comento proceda el reconocimiento y pago de bienes o servicios suministrados o prestados sin fundamento contractual, el juez debe constatar:

- a) Que se trate de un servicio de salud;
- b) Que el servicio sea de urgencia o para impedir una lesión irreversible al derecho a la salud;
- c) Que la causa de la no planificación deba ser la misma urgencia y necesidad del servicio, no el olvido o negligencia de la administración.
- d) Debe obrar demostración plena de los presupuestos anteriores.

Se procede a desarrollar los anteriores literales, a efectos de constatar si se satisfacen todas las sub-reglas allí contenidas:

a) Que se trate de un servicio de salud. De acuerdo a las diligencias que reposan en el informativo, este presupuesto se satisface, pues tal como se dijo antes, el hospital convocado es una Empresa Social del Estado del orden Departamental cuyo objeto es *"la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud"* que se ocupa de adelantar *"acciones de educación, promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud."*

b) Que el servicio sea de urgencia o para impedir una lesión irreversible al derecho a la salud. El concepto de urgencias fue definido en el artículo 3 del Decreto 492 de 1990 como: *"la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte."*

Conforme lo tiene averiguado la Corte Constitucional "[a] su vez, las urgencias pueden clasificarse de la siguiente forma: (i) urgencias leves, que son aquellas en las que la demora de la asistencia no genera cambios en el pronóstico médico; (ii) urgencias menos graves, en las que la atención puede tardar algunas horas sin que empeore el pronóstico; y (iii) urgencias graves o emergencias médicas, en las que cualquier demora en la prestación de los servicios médicos conlleva un aumento del riesgo de muerte¹³".

Como no todo servicio de salud requerido puede calificarse de urgente, pero las unidades de urgencia son habitualmente la puerta de entrada de los hospitales, se estableció un sistema de clasificación de urgencia denominado «*triage*» que se define como *"un Sistema de Selección y Clasificación de pacientes, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles que consiste en una valoración clínica breve que determina la prioridad en que un paciente será atendido"*. Su regulación se encuentra en la Resolución No. 5596 del 24 de diciembre de 2015, expedida por el Ministerio de Salud.

La prestación del servicio de urgencia se debe brindar por aquellas Entidades de salud que lo tengan habilitado, sin exigir afiliación al sistema de salud o asegurador, nacionalidad o cualquier otro requisito distinto a la propia condición clínica del paciente que por sí misma pueda considerarse que amerita una *atención de urgencias*, entendida ésta

¹³ Corte Const. Sentencia C-936 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

como aquella *“modalidad de prestación de servicios de salud que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad¹⁴”*

La obligación de brindar este servicio es de tal entidad, que la propia ley permite que se preste pese a que no medie contrato, y admite que se sufrague mediante resolución motivada de pago, precisando que en ningún caso puede considerarse desde el punto de vista presupuestal como un hecho cumplido:

“Artículo 67 ley 715 de 2001. Atención de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. Para el pago de servicios prestados su prestación no requiere contrato ni orden previa y el reconocimiento del costo de estos servicios se efectuará mediante resolución motivada en caso de ser un ente público el pagador. La atención de urgencias en estas condiciones no constituye hecho cumplido para efectos presupuestales y deberá cancelarse máximo en los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura de cobro.

Pues bien, partiendo de las anteriores nociones, el Juzgado determinará si los servicios prestados por los convocantes pueden calificarse de urgentes o indispensables para impedir una lesión irreversible al derecho a la salud.

✓ **Análisis convocantes auxiliar de enfermería.**

Respecto al personal convocante, el Despacho observa que prestaron sus servicios en el área de Hospitalización del Hospital, según los cuadros de turnos allegados, por lo que debe examinarse si tales áreas pueden considerarse de aquellas que ofertan atención de urgencia o vitales para conjurar un daño irreversible en la salud de los pacientes.

Al respecto se advierte que se aportó con la conciliación extrajudicial, las respectivas certificaciones que indican las actividades adelantadas por el personal de enfermería dentro de los meses de junio y julio de 2017 (fls. 51-57), copia de los cuadros de turno (fls. 62-65), y del portafolio de servicios (fls. 69-78), se analizará si esta información permite evidenciar la naturaleza de los servicios que aquí se cobran.

Dentro de las certificaciones aportadas se relacionan las siguientes actividades:

- “Brindar atención integral al paciente y su familia.
- Realizar asistencia al paciente durante el baño en cama, alimentación.
- Asistir al profesional de enfermería en la ejecución de procedimientos invasivos cateterismo vesical, intubación gástrica, etc.
- Administrar medicamentos según protocolo de enfermería y normas del proceso.
- Participar activamente en el programa de extensión académica “martes de academia”.
- Organizar los inventarios del proceso, POA y planes de mejoramiento.
- Velar por la seguridad del paciente mediante el fomento de sus estrategias”.

¹⁴ **Artículo 8.6.** Resolución 5521 de 2013 *“Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS), expedida por el Ministerio de Salud”.*

De estas actividades se desprende la naturaleza del servicio brindado al Hospital por los auxiliares de enfermería, en tanto evidencia que sus atenciones eran asistenciales sobre pacientes estables.

Incluso, a partir de los cuadros de turnos anexados, el Juzgado observa que los convocantes cumplieron sus actividades en el área de **hospitalización**, por lo que no adelantaron misiones que puedan catalogarse de urgencia, sino meramente de salud, importantes por sí mismas, pero no con la entidad suficiente para validar el pago de servicios prestados sin soporte contractual.

Las labores en **hospitalización** tienden al cuidado y recuperación de los pacientes estables (no críticos) que no requieren soporte vital ni atención inmediata de servicios y tecnología médica. Estos pacientes no enfrentan la eventualidad de que su pronóstico o diagnóstico desmejore si la atención no es rápida, por ello no pueden catalogarse como usuarios de servicios de urgencia, y por lo mismo, no pueden servir de fundamento para justificar el pago de la contratación informal del personal sanitario.

Dado lo expuesto el Despacho improbará la conciliación bajo estudio, al no cumplir las sub-reglas jurisprudenciales para que proceda la *actio in rem verso* cuando se brindan bienes o servicios de salud sin formalización contractual. Por consiguiente, se hace irrelevante continuar con el análisis de los demás requisitos indicados *ut supra*.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: Improbar la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia.

SEGUNDO: Ordenar la notificación por estado electrónico de la presente decisión a las partes y la Procuraduría que conoció de la conciliación.

TERCERO. En firme la presente decisión, **archivar** el expediente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ

Juez

Juzgado Primero Administrativo de
Arauca
SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado No.
058 del **05 de junio de 2019**.

La Secretaria,

Luz Stella Arenas Suárez