



Arauca, Arauca, 12 de mayo de 2020.

Radicado No. : 81 001 3333 001 **2018 00246 00**
Convocante : Sara Nohemi Ojeda Parales 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 64 Judicial I 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 E.S.E, 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	Sara Nohemi Ojeda Parales	Auxiliar administrativo	Junio - 2017	\$1.214.500	\$1.214.500
2	Oscar Suescun Garay	Médico especialista Oncología	Junio – julio 2017	\$10.000.000	\$20.000.000

1.1.3. Como sustento afirma que, con anterioridad los convocantes venían desarrollando sus actividades mediante contratos de prestación de servicios, razón por la cual en los meses de **junio y julio de 2017** desarrollaron las mismas que venían ejerciendo, pero sin vínculo contractual que respaldara su pago.

1.1.4. Expone que los convocantes actuaron de buena fe, ya que el Hospital San Vicente E.S.E., les prometía que suscribirían contrato de prestación de servicios y así cubrir las obligaciones derivadas de los honorarios correspondientes a los meses adeudados.

1.1.5. Refiere que mediante escritos radicados por los convocantes, le formularon reclamación en sede administrativa al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.

1.1.6. Concluye que la entidad demandada mediante escrito manifestó lo acordado por el *Comité de Sentencias, Conciliación y Prevención del daño antijurídico de la entidad*, aceptando que los convocantes prestaron sus servicios y que se reconocería las obligaciones pendientes a través del mecanismo alternativo de solución de conflicto.

2. Pretensiones

En resumen, se formularon las siguientes:

2.1. Que la Entidad convocada reconociera que con los convocantes se produjo un enriquecimiento sin justa causa, por los servicios prestados a la entidad sin la debida contraprestación, generando un empobrecimiento a los convocantes.

2.2. Que el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., reconozca y pague los honorarios adeudados a cada uno de los trabajadores convocantes, de acuerdo al valor que se reconoce por el cargo que desempeñó durante los meses adeudados.

2.3. Que se reconocieran intereses moratorios sobre las sumas a pagar conforme al artículo 192 del CPACA.

3. Trámite

3.1. La solicitud de conciliación fue presentada y le correspondió conocerla a la Procuraduría 64 Judicial I Administrativa de Arauca.

3.2. Luego del trámite de rigor, se llevó a cabo la audiencia en la cual se aceptó la propuesta de la convocada, que fue del siguiente tenor:

«...determina conciliar, teniendo en cuenta que se encuentra el certificado de servicios prestados en la entidad por el periodo que se reclama, es DE resaltar que no se reconocerán intereses moratorios ... se acuerda realizar los pagos mensuales según el número de meses reclamados, generando el primer pago, seis meses después de homologada, aprobada y notificada la respectiva aprobación por el órgano judicial competente y en el mes siguiente el segundo pago» (fls. 48-49).

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

CONSIDERACIONES

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

1.1. 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.

1.2. 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 propuesto excepciones de mérito (art. 70).

1.3. 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).

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

1.4. 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*»

1.5. 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.

1.6. Por ultimo 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.

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

2.1. 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.

2.2. Se ha dicho que aunque la conciliación extrajudicial administrativa 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.

2.3. 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

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

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.

improbación, quedando relevado el operador judicial de estudiar la existencia de los demás, dada la naturaleza de inseparabilidad de los mismos.

2.4. 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 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).

iii. 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:

3.1. 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*

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.

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 sentido⁸»

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 30 de mayo de 2018 (fol. 38), esto es, dentro de los dos años siguientes a la cesación de las actividades no pagadas.

3.2. 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 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.

3.3. 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.

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. 48-49).

3.4. Pruebas, legalidad y no lesividad

3.4.1. 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. 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

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

no existía ninguna obligación en tal sentido, ante la ausencia de un contrato que sirviera como título jurídico para el efecto⁹» (se resalta)

3.4.2. 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**

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

¹⁰ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

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

c) En los que **debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria** y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 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) «*los trabajadores convocantes actuaron de buena fe, todas vez que las directivas del Hospital san Vicente E.S.E., afirmaban a los trabajadores que se suscribiría contrato de prestación de servicios para cubrir las obligaciones derivadas (...)* (fol. 4; hecho 3)»

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 salud¹¹*», el juzgado ahora evaluará si el acuerdo logra adecuarse en la segunda excepción indicada en la sentencia de unificación. Esta 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 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:

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).

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.

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:

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

- 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. No pueden 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*. Entendiendo como tal, 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»*

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

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”*.

La obligación de brindar este servicio es de tal entidad, que la propia ley permite que se preste, aunque no medie contrato. Su pago se hace mediante resolución motivada, sin que en ningún caso pueda 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 área trabajo social**

El Despacho examina el expediente y observa que debe improbarse la conciliación frente a la convocante SARA NOHEMI OJEDA PARALES. No acreditó que los servicios prestados fuesen de aquellos que puedan rotularse como de urgencia, o para evitar un daño irreversible a los usuarios del Hospital. La prueba indica, que las actividades durante los periodos reclamados por ella fueron puramente administrativas (ver foliatura 22). Según la poca información documental aportada, la convocante cumplía actividades para el área de *trabajo social* del Hospital sin intervenir en labores clínicas vitales. En consecuencia, se impondrá la conciliación con relación a ella.

- **Análisis convocante médico oncólogo**

El acuerdo conciliatorio que se analiza en esta oportunidad *-en su extremo convocante-*, está compuesto por el médico especialista OSCAR SUESCUN GARAY. Él brindó sus servicios profesionales sin soporte contractual durante los meses de junio y julio de 2017, lo que conlleva a averiguar si se acreditó que esos servicios se enmarcan dentro de aquellos casos excepcionales que pueden ser reconocidos por enriquecimiento sin justa causa.

Esta Judicatura, una vez revisa el expediente observa que se aportó el certificado de las actividades ejecutadas por el especialista (fol. 36), en el cual se indica que entre sus quehaceres, estaban los de: **i)** Practicar exámenes de medicina especializada de manera cumplida y cabalmente: formulación del diagnóstico, prescripción del tratamiento, manejo, seguimiento y canalización de pacientes mediante la aplicación de atención en consulta externa por la especialidad de Ginecología Oncología, **ii)** Realización de intervenciones y procedimientos quirúrgicos programadas en la especialidad de Ginecología Oncología a pacientes del SGSSS y controlar los pacientes bajo sus cuidados, **iii)** Atender urgencias de su especialización de manera oportuna ante el llamado cuando sean requeridas, **iv)** Practicar exámenes de medicina especializada de manera cumplida y cabalmente: formulación del diagnóstico, prescripción del tratamiento, manejo, seguimiento diario de pacientes en los servicios intrahospitalarios por la especialidad de Ginecología Oncología, y **iv)** Brindar atención oportuna a interconsultas en la especialidad de Ginecología Oncología.

A partir de esta prueba, el juzgado puede deducir sin esfuerzo, que efectivamente, las actividades adelantada por el galeno fueron vitales para atender, tratar y recuperar pacientes con difícil diagnóstico y/o con alta

probabilidad de involución súbita, si no se intervenían a través de su especialidad. En efecto, entre las tareas que debió desempeñar este médico, está la de atender la urgencia y la de realizar exámenes especializados relacionados con su especialidad, tal como se lee del certificado citado, determinando entre ella el área donde prestó sus servicios, como lo es **urgencias**.

Incluso, por la naturaleza del servicio que este médico brindó (especializado), es irrefutable para el Despacho que era indispensable dentro del proceso de atención de sus pacientes, al brindar una capacidad de respuesta inmediata frente al evento de su conocimiento, que evita la remisión a otras ciudades de aquellos con difícil pronóstico.

En definitiva, el servicio de «ginecología oncológica», que aquí se cobra, es una *subespecialidad*¹⁵ en la que se forman algunos médicos especialistas en ginecología para adquirir competencias específicas en el diagnóstico, tratamiento y cirugía del cáncer ginecológico, por lo que forma parte de un nivel de atención superior en servicios de salud, difícil de conseguir en los territorios apartados del país como Arauca, dada la poca oferta nacional de los mismos, tal como lo han revelado estudios del Ministerio de Salud:

«La suficiencia de médicos especialistas en áreas clínicas, quirúrgicas y diagnósticas, ha sido percibida como deficiente por Matallana y cols., quienes han señalado que en los servicios de mediana y alta complejidad en Colombia “*Resulta de gran interés el alto porcentaje de IPS (55,6%) que consideró que la planta de especialistas se encontraba incompleta [...]*”. Así mismo, se percibió que algunas instituciones suspendieron o cerraron servicios por la “poca disponibilidad” de especialistas.

(...)

Para 2016 se observó una demanda de 39 mil médicos especialistas para atender las necesidades de salud dentro de un plazo esperado (oportunidad). Cerca del 60% de la demanda de especialistas correspondió a las áreas clínicas, seguida por los quirúrgicas (34%) y los diagnósticos (6%).

Según la especialidad, en 2016 Medicina Interna mostró la mayor demanda (13% de los especialistas), seguida por Medicina Familiar, Pediatría y Anestesiología (12% cada una), Ginecología y Obstetricia (8%) y Cirugía General (7%). En 2030 la demanda por especialistas será 1,38 veces la estimada para 2015.

(...)

En general, los estudios y proyecciones sobre oferta y demanda de talento humano, los análisis de percepción de quienes gerencian las instituciones de salud en el país y la información sobre oportunidad de la consulta y los procedimientos especializados, sugieren que hoy en Colombia la oferta de médicos especialistas no es suficiente para atender de manera adecuada la demanda de servicios que presta este talento humano, situación que se mantendría en los próximos años si no se modifican las condiciones actuales que inciden en la oferta y demanda de médicos especialistas¹⁶».

Esto revela las dificultades para planificar su adquisición y de paso justifica las fallas en este aspecto. En este punto, el juzgado debe reconocer que, en una

¹⁵ «La *Ginecología Oncológica* es la subespecialidad médica que se encarga del cuidado de la mujer con cáncer genital, es decir, cáncer de cuello de útero, cáncer de endometrio o de cuerpo de útero, cáncer de ovario, cáncer de vulva o de vagina (ver *Tipos de cáncer en ginecología*).

Aquellos ginecólogos o ginecólogos-obstetras que deseen convertirse en ginecólogos oncólogos, deberán ultraespecializarse a través de programas intensivos de entrenamiento de 3 años de duración para adquirir aquellas habilidades clínicas y quirúrgicas que le permitirán el manejo integral de la mujer con cáncer ginecológico. Esta situación representa el *paradigma de la excelencia en la atención de toda mujer que padece dicha enfermedad*.

Sus orígenes se remontan a los EE.UU., donde en 1969 se crea la *Society of Gynecologic Oncologists* y un año más tarde se reconoce oficialmente la subespecialidad por el *American Board of Obstetrics and Gynecology*. Esto surge como una necesidad ante el avance de los conocimientos y la individualización cada vez mayor de los tratamientos. En 1991 se funda la *Asociación Argentina de Ginecología Oncológica* (AAGO), entidad pionera en nuestro país y toda América Latina» (ALEJANDRO M, Aragona: http://alejandraragona.com/?page_id=24)

¹⁶ RESTREPO MIRANDA, Diego; ORTIZ MONSALVE, Luis. *Aproximaciones a la estimación de la oferta y la demanda de médicos especialistas en Colombia, 2015 – 2030*:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/TH/Especialistas-md-oths.pdf>

región como Arauca, no siempre se cuenta con la oportunidad de contratar servicios médicos especializados, y cuando se consigue, no siempre puede coincidir con la disponibilidad presupuestal de la entidad sanitaria, pero no por ello la necesidad debe ser sacrificada.

En suma, para el juzgado no cabe duda en que los servicios prestados por el médico especialista, no solamente satisfizo necesidades de urgencia de acuerdo a sus funciones, sino que también cubrió casos críticos en los periodos de junio y julio de 2017, dada la naturaleza de la especialidad adquirida por el hospital.

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.

La respuesta a esta inquietud se consigue con lo acabado de expresar en punto anterior, y con la estadística de las atenciones de salud brindadas por el hospital en el mes de junio y julio de 2017, aportadas en casos de similares características, que demuestran el aumento de la necesidad comparado con los demás meses del año. Este dato coincide con los meses reclamados, permitiendo deducir que en tal periodo se debía aumentar la capacidad de respuesta del Hospital, introduciendo personal no planificado.

Aunque en los primeros meses del 2017, la prestación del servicio fue de las más altas del año, es claro para el Despacho que en julio superaron la trayectoria, que incluso a partir de agosto y hasta diciembre mostró un descenso de atenciones inferiores a la mitad de las efectuadas en mitad del año.

d) Debe obrar demostración plena de los presupuestos anteriores.

Esta judicatura considera plenamente acreditados los presupuestos arriba analizados, tal como se registró a medida que se iban desarrollando.

4.3. A partir de lo expuesto se extrae la completitud de los requisitos para que proceda la *actio in rem verso*, denotando a su vez que lo acordado **i)** se sustenta en pruebas, **ii)** no infringe la ley **iii)** ni lesiona el patrimonio público. Por consiguiente, la conciliación se aprobará sobre:

No.	Nombres	Cargo	Periodo	Valor Mensual	Valor total adeudado
1	Oscar Suescun Garay	Ginecólogo oncólogo	Junio – julio 2017	\$10.000.000	\$20.000.000

5. Otras consideraciones

La Doctora LUZ STELLA ARENAS SUÁREZ¹⁷ Secretaria del Juzgado Primero Administrativo de Arauca, señala que entre ella y el apoderado de la parte demandante se configura la causal prevista en el artículo 141.9 del C.G.P., por lo tanto el Despacho dispondrá su separación del asunto y aceptará el impedimento presentado.

Se designará como Secretario *Ad Hoc* para éste asunto al Doctor VICTOR ALBERTO RUBIO JÁCOME, profesional universitario de éste Juzgado, en los términos descritos en el artículo 146 inciso tercero del CGP.

En mérito de lo expuesto, se

¹⁷ Folio 51

RESUELVE

PRIMERO. Aprobar la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia por los meses de junio y julio de 2017, respecto a:

No.	Nombres	Cargo	Periodo	Valor Mensual	Valor total adeudado
1	Oscar Suescun Garay	Ginecólogo oncólogo	Junio – julio 2017	\$10.000.000	\$20.000.000

SEGUNDO. Improbar la conciliación extrajudicial administrativa de la referencia frente a la convocante SARA NOHEMI OJEDA PARALES.

TERCERO: Aceptar el impedimento presentado por la doctora LUZ STELLA ARENAS SUÁREZ en su condición de Secretaria de este Despacho Judicial, con fundamento en la causal consagrada en el artículo 141.9 del C.G.P.

CUARTO: Designar como Secretario *Ad Hoc* para éste asunto al Doctor VICTOR ALBERTO RUBIO JÁCOME, Profesional Universitario de éste Juzgado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

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

SEXTO: Ordenar que una vez en firme la presente decisión, se expidan copias a la parte convocante conforme lo regenta el artículo 114 del CGP.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

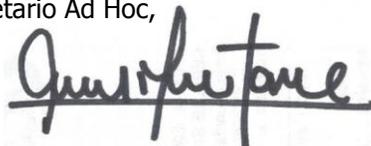

JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez

**Juzgado Primero Administrativo de
Arauca**

SECRETARÍA.

El auto anterior es notificado en estado No. **045** del **13 de mayo de 2020.**

Secretario Ad Hoc,



Víctor Alberto Rubio Jácome