

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
FIJACIÓN EN LISTA RECURSO DE REPOSICIÓN
(Arts. 110, 319 C.G.P. y 242 CPACA)

SGC

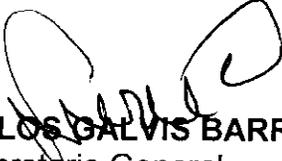
Cartagena, 30 de marzo de 2016

HORA: 08:00 A. M.

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Medio de control: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
Radicación: 13001-23-33-000-2015-00031-00
Demandante: ORTOPEDIA ANDINA S.A.S.
Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE

AL ANTERIOR RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR ALVARO DE JESUS ARENAS MERCADO, APODERADO DE LA PARTE ACCIONANTE, EL DÍA 29 DE MARZO DE 2016, Y QUE SE ENCUENTRA VISIBLE A FOLIOS 771-776 DEL EXPEDIENTE, CONTRA EL AUTO DE FECHA 17 DE MARZO DE 2016, SE LE DA TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 242 DEL CPACA, Y EN CONCORDANCIA CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 319 Y 110 DEL CGP (ART 110 C.G.P.), HOY TREINTA (30) DE MARZO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016), A LAS 8:00 DE LA MAÑANA.

EMPIEZA EL TRASLADO: 31 DE MARZO DE 2016, A LAS 08:00 A. M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE TRASLADO: 4 DE ABRIL DE 2016, A LAS 05:00 P. M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718

SEÑORES:
HONORABLE MAGISTRADO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
CARTAGENA
MAGISTRADO: DR JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO.
CIUDAD.

771

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL.
CONVOCANTE: ORTOPEDICA ANDINA S.A.S.
CONVOCADO: TRAUMA LTDA VS. E.S.E HOSPITAL UNIVERITARIO DEL CARIBE.
RADICACIÓN: 13001233300020150003100.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN ~~EN SUBSIDIARIO DE REPOSICIÓN~~ CONTRA EL AUTO DE FECHA 17 DEMARZO DE 2016, NOTIFICADO POR ESTADO N° 051 DE 18 DE MARZO DE 2016

ALVARO DE JESUS ARENAS MERCADO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cartagena identificado con la cedula de ciudadanía 1.051.819.299 de San Juan Nepomuceno, Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 225.528 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de: ORTOPEDIA ANDINA S.A.S., identificada con Nit. 806.015.838-4, tal como consta en el expediente base de conciliación, acudo ante su Despacho de manera respetuosa, y dentro de la oportunidad procesal ,para interponer y sustentar recurso de reposición contra el **AUTO DE FECHA 17 DE MARZO DE 2016, NOTIFICADO POR ESTADO N° 051 DE 18 DE MARZO DE 2016, QUE DISPUSO IMPROBAR ACUERDO CONCILIATORIO ENTRE LAS PARTES**, lo anterior en los siguientes términos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO

1. Se a menester precisar que el Honorable **MAGISTRADO: DR JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO**, conoció previamente el asunto a resolver Y QUE INCLUSO salvo su voto, nótese que el encabezado del auto recurrido lo indica de manera clara e inequívoca que:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
AUTO INTERLOCUTORIO No. 0135/2016

SIGCMA

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control	Conciliación Prejudicial
Radicado	13-001-23-33-000-2015-00031-00
Demandante	Ortopedia Andina S.A.S.
Demandado	ESE Hospital Universitario del Caribe
Magistrado Ponente	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Procede el despacho a revisar la CONCILIACIÓN PREJUDICIAL celebrada entre Ortopedia Andina S.A.S. y la ESE Hospital Universitario del Caribe, ante la Procuraduría 21 Judicial II para asuntos administrativos de Bolívar, teniendo en cuenta que la ponencia presentada en Sala por el Doctor Luis Miguel Villalobos Álvarez fue derrotada, correspondiéndole al magistrado que sigue en turno rehacer la ponencia.

Lo anterior en razón a que el proyecto presentado en Sala por el ponente, Doctor Luis Miguel Villalobos Álvarez, de fecha 15 de diciembre de 2015, fue derrotado conforme anotaciones de "SV" y "salvamento de voto" sentadas por los doctores José Fernández Osorio y Jorge Fandiño Gallo, respectivamente.

Es decir que si bien es cierto que tras la derrota de la ponencia del Magistrado MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ, le debía ser asignada la ponencia al siguiente magistrado en turno, también lo es el hecho de que **MAGISTRADO JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO**, debió declararse impedido para conocer y resolver el asunto de narras, pues esta había conocido previamente el objeto del proceso y había sentado una posición sobre el tema

particular, resumiendo su actuación en un salvamento de voto, no obstante a ello asumió y emitió la actuación hoy recurrida.

712

2. Otro punto que ha de recurrirse y que constituye el único elemento que a juicio del magistrado no se cumple es lo relacionado con la solicitud previa con carácter urgente que obligara a la prestación de servicios, lo anterior los señala el auto recurrido de la siguiente manera:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SIGCMA

AUTO INTERLOCUTORIO No. 0135/2016

Por lo anterior, se encuentra cumplido el requisito consistente en que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

- Que el acuerdo no sea violatorio de la ley ni lesivo para el patrimonio del Estado.

Como fue señalado en precedencia, para definir sobre la aprobación o improbación de las conciliaciones que se efectúen sobre asuntos susceptibles de ser conocidos ante ésta jurisdicción, el Consejo de Estado ha fijado los siguientes criterios⁶, que deben ser estudiados y verificados por el juez u órgano encargado de efectuar el aludido estudio; en tal virtud se exige: i) Que las partes estén debidamente representadas; ii) Que el asunto a conciliar sea susceptible de transacción, desistimiento o conciliación, y además sea de carácter particular y contenido económico; iii) Que no haya operado la caducidad de la acción que eventualmente se ejercería en caso de no llegar al acuerdo conciliatorio; iv) Que lo reconocido patrimonialmente cuente con adecuado respaldo probatorio en la actuación y, y) Que el acuerdo no sea violatorio de la ley ni lesivo para el patrimonio del Estado.

Visto lo anterior, el acuerdo celebrado entre las partes no cumple con el último de los requisitos enunciados, pues una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que en el mismo no obran constancias tendientes a acreditar las solicitudes previas de prestación de los servicios por parte de la ESE Hospital Universitario del Caribe a Ortopedia Andina S.A.S., ello quiere decir que no existen soportes que logren demostrar que la prestación de los servicios se dio con ocasión de un requerimiento urgente que hiciera la entidad hospitalaria.

Al respecto, y tal como se puso de presente anteriormente, el Consejo de Estado al estudiar la posibilidad del ejercicio de la acción de reparación directa para dilucidar las pretensiones relativas al enriquecimiento sin causa, sostuvo:

"[...] 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:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia del 23 de mayo de 2012, Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz, Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00582-01(42881)



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, 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."⁷

Visto lo anterior, para el Despacho en el asunto de marras no se encuentra acreditada la solicitud previa con carácter urgente que obligara a la prestación de servicios desconociendo los principios que rigen la contratación estatal, desconociendo de esa forma la inexistencia entre las partes de un vínculo contractual.

Bajo ese hilo conductor, se considera que las circunstancias fácticas plasmadas en la certificación del comité de conciliación, según las cuales se plasma la necesidad de los servicios prestados, debían ser anteriores al suministro de los bienes y servicios y no con posterioridad, por lo que la administración ha debido en su momento requerir tales bienes a través de documento por la necesidad y urgencia para cumplir con el objeto social, mientras se adelantaba el proceso de contratación.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

774



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SIGCMA

AUTO INTERLOCUTORIO No. 0135/2016

En ese orden de ideas, se arriba a la conclusión que en el presente caso el acuerdo logrado por las partes puede resultar lesivo del patrimonio público, pues no se deduce con claridad la obligación solicitada, consideraciones que resultan suficientes para proceder a la improbación del conciliatorio suscrito entre las partes.

Por las razones expuestas, se

RESUELVE:

PRIMERO: IMPROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado el once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014), entre la ESE Hospital Universitario del Caribe y Ortopedia Andina S.A.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Terminado el trámite de la presente conciliación prejudicial enviar el expediente a la Procuraduría de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO
Magistrado

Código: FCA - 002 Versión: 01 Fecha: 16-02-2015



El criterio expresado por el magistrado ponente indica que en términos generales que **"no existen soportes que logren demostrar que la prestación de los servicios se dio con ocasión de un requerimiento urgente que hiciera la entidad hospitalaria"**.

Conforme a lo anterior olvida la sala que es justo el indebido proceder de la entidad hospitalaria la que lesiona los intereses económicos de mi representada, quien no está en el deber jurídico de soportar las falencias contractuales que posee la entidad hospitalaria.

Además de lo anterior no existe la supuesta "lesión al patrimonio del estado" que hace inviable el acuerdo conciliatorio conforme al criterio del honorable magistrado, contrario a ello el lesionado patrimonialmente es mi poderdante, quien suministró servicios a una entidad pública, existiendo con ello enriquecimiento injustificado y un detrimento económico de mi cliente, que reitero no está en el deber jurídico de soportarlo, configurándose lo que denomina en la jurisprudencia "hechos cumplidos"

En reciente concepto la Contraloría General de la República en Concepto 2013EE0066330 del 12-07-2013, enunció los casos en los cuales se pueden presentar hechos cumplidos, mencionando a los siguientes:

1. Celebración y suscripción de contratos estatales sin contar con el compromiso presupuestal.
2. Adiciones de contratos estatales, que no cuenten con el compromiso presupuestal que soporten su posterior pago.
3. Ejecución del contratista de mayores cantidades de obras o en general, de mayor ejecución a la pacta inicialmente en un contrato estatal con autorización de la administración, que impliquen erogaciones adicionales sin contar con los compromisos presupuestales correspondientes.

Adicional a lo expresado anteriormente, me permito citar que ha dicho el Honorable Consejo de Estado sobre los "hechos cumplidos", que son aquellas obligaciones que adquiere la administración pública, sin que medie soporte legal u orden judicial, que los respalde, y cuando existiendo tal formalidad; antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa, o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio. Luego, se infiere que los hechos cumplidos se producen por una inadecuada labor administrativa en la planeación de procesos contractuales y en la adquisición de obligaciones.

Por su naturaleza, los "hechos cumplidos" al no contar con un soporte económico que los respalde presupuestalmente, han llevado a los servidores públicos a pretender, que a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como es el caso de la conciliación, se convalide presupuestalmente el pago de la acreencia generada por su falta de planeación, situación que hay que tratar con la mayor agudeza posible, dado que su tolerancia podría conllevar a permitir que la administración por ese medio le haga un esguince a la ley contractual; eso sí, sin caer en una rigidez a ultranza que pueda transgredir los derechos patrimoniales de las personas que colaboran con la administración Estatal, prestando sus servicios de buena fe, confiando legítimamente en que el Estado les responderá.

Resulta ilógico que el contratista que hoy ve como CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$444.334.599,00), de su patrimonio son desconocidos y causan un detrimento económico a mi cliente, ORTOPEDIA ANDINA S.A.S. y un enriquecimiento injustificado de las arcas de HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, derivado de la omisión de la administración de proceder a dar por terminado el contrato, modificarlo, liquidarlo o suspenderlo mientras se proveían de fondos y poder garantizar el éxito de dicha vinculación contractual, de lo cual es claro que bajo ningún evento la administración representada por ORTOPEDIA ANDINA S.A.S. Puede cobijarse bajo sus conductas omisivas y causar perjuicios a mi cliente in que esté en el deber jurídico de soportarlo y constituye un erro del despacho considerar que mi cliente deba soportar el hecho de que no existe por parte del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, un protocolo de contractual claro.

PETICIONES

En virtud de lo expuesto, solicito:

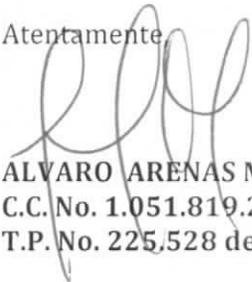
Principal:

1. **REVOQUESE** el auto de fecha 17 de marzo de 2016, notificado por estado N° 051 de 18 de marzo de 2016, que dispuso improbar acuerdo conciliatorio entre las partes.

2. Consecuencialmente, sígase el trámite del proceso de homologación y proceda a aprobar el acuerdo conciliatorio suscrito por las partes ejecutivo singular de mayor cuantía en este Despacho y emítase el auto de seguir adelante la ejecución

6
776

Atentamente,


ALVARO ARENAS MERCADO.
C.C. No. 1.051.819.299 San Juan Nepo.
T.P. No. 225,528 del C.S. de la J.

SECRETARIA TRIBUNAL ADM
TIPO: RECURSO DE REPOSICION DE LA PARTE DEMANDANTE
REMITENTE: ALVARO ARENAS MERCADO
DESTINATARIO: JORGE ELIECER FANDINO
CONSECUTIVO: 20160330179
No. FOLIOS: 6 — No. CUADERNOS: 0
RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM
FECHA Y HORA: 29/03/2016 12:02:19 PM
FIRMA: 