



MEMORANDO



Radicado No: 202110400000166983

Para: Claudia Patricia Serna Gallego
Directora Regional Risaralda

Asunto: Consulta pago diplomado Universidad Claretiana

Fecha: 30 de noviembre de 2021

Estimada doctora Claudia Patricia:

En el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite el concepto solicitado por la Dirección Regional Risaralda sobre la posibilidad de conciliar el pago adeudado a la Universidad Claretiana.

Previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 987 de 2012, se procede a dar respuesta en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible conciliar un pago que es considerado "hecho cumplido", toda vez que no tiene apropiación presupuestal? ¿debe esperarse el cobro jurídico del tercero para iniciar el proceso de conciliación?

2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO



Los datos proporcionados serán tratados de acuerdo con la política de tratamiento de datos personales del ICBF y la Ley es 1581 de 2012.

Sede Direccion General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080

Para dar respuesta al problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se revisarán los antecedentes de la solicitud; (iii) se realizará el respectivo análisis jurídico del caso concreto, para finalmente exponer las conclusiones.

2.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE

Jurisprudencia del Consejo de Estado, Ley 80 de 1993, Ley 640 de 2001, Resolución 785 de 2016 del ICBF.

2.2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.2.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre pago de "hechos cumplidos"

En su escrito se informó que “en la Regional Risaralda, se realizó el Diplomado 'EL ROL DEL FORMADOR EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y EN PRÁCTICAS RESTAURATIVAS', en la Universidad Claretiana, cursado por adolescentes y jóvenes vinculados a Hogares Claret desde el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes pertenecientes a las AEPS.”

No obstante, una vez realizado el programa, la “Subdirección de responsabilidad penal indica que no es viable que los adolescentes y jóvenes del SRPA sean postulados a este diplomado a través de la iniciativa alianzas estratégicas y el proyecto sueños, lo que no le permite a la Dirección de Protección realizar pagos asociados a este diplomado mediante el recurso 111”, por lo que (según se señala en su escrito) se recomendó acogerse al presente concepto para no dar trámite a los pagos solicitados.

“De igual manera el Coordinador del Grupo Financiero, manifestó, que de acuerdo a lo anteriormente expuesto y a manera de conclusión, lo aquí pretendido, respetando las demás opiniones, es un hecho cumplido con todo y las repercusiones de índole fiscal y penal que ello implica por lo que es potestad de la regional tomar las acciones que consideren pertinentes, con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en la ley.”

De acuerdo con lo planteado en su escrito de solicitud, esta Oficina recordará el estado de la jurisprudencia sobre las pretensiones que tienen por fundamento la ejecución de trabajos o la prestación de servicios sin contrato, dictada por el Consejo de Estado.

- **Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado:**

La jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la figura de la “*actio in rem verso*”, por enriquecimiento sin causa, en los eventos de ejecución material de un trabajo o servicio sin contrato escrito, fue unificada a través de sentencia del 19 de noviembre de 2012, en el proceso identificado con el número 24.897, providencia en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que “la ejecución de



prestaciones sin contrato – tratándose de entidades regidas por la Ley 80 de 1993- no justifica el pago, porque no se satisface un requisito de configuración de dicha teoría: que la conducta de las partes observe el ordenamiento jurídico.”¹

Dicha providencia explicó lo siguiente²:

“Para este efecto la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 8313 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. 'No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.' 'En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia”.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso* en los casos en que se han ejecutado obras o prestados 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. (...) '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.”

Señala la sentencia de Unificación, “en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la *actio de in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Rad. 37492 CP. Marta Nubia Velásquez Rico.

² Ibidem

administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador”.

En consecuencia, “esta tesis o regla general –la imposibilidad de reconocer los ‘hechos cumplidos’- no es absoluta, porque la misma providencia precisó que hay eventos en los cuales es posible y además justo remunerar el enriquecimiento sin causa que se produzca, pese a la falta de contrato con las formalidades que exige la ley. 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*, serían entre otros los siguientes³:

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

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, 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”.

Señala la jurisprudencia del Consejo de Estado que “en estos casos, no obstante faltar el contrato escrito, si se prestó el servicio, entregó el bien o la obra, es posible reconocer el

³ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 19 de noviembre de 2012, Rad. 24.897.

pago que corresponda a esas actividades, porque en tales supuestos es injustificado que una parte se enriquezca y la otra se empobrezca, teniendo en cuenta que en semejantes eventos se autoriza pagar a quien ha violado la ley, pero por razones comprensibles por el derecho, tanto que en una ponderación de valores esta conducta queda justificada suficientemente: en el primer caso –constreñimiento al contratista- por la indefensión e inferioridad en que se encuentra el particular frente al Estado; en el segundo –afectación a la salud-, por el deber de proteger bienes más valiosos, como la salud y la vida; y en el tercero –urgencia manifiesta-, por la necesidad apremiante de evitar un daño mayor o para atender el que se causó o está provocando.”

En los casos anteriores, definidos por el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, la sentencia de unificación permite pagarle a quien se empobrece en beneficio de otro sujeto que se enriquece con las prestaciones que aquél ejecuta para éste. Se trata de una cuestión de justicia o equidad con quien, a pesar de violar la ley, no merece soportar la disminución de su patrimonio, porque resulta irrazonable que lo padezca.⁴

2.2.2. Conciliación extrajudicial

De acuerdo con la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial es aquella que se realiza por fuera de un proceso judicial⁵. En materia de lo contencioso administrativo las conciliaciones sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción⁶. La ley dispone que las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación.⁷

Ahora bien, la Ley 446 de 1998, en su artículo 75, estableció que en “*las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un Comité de Conciliación, conformado por los funcionarios de nivel directivo que se designen y cumplirán las funciones que le señalen*”.

En ese sentido, la Resolución 785 de 2016 reestructura el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y establece que: el Comité es una única instancia y tiene por objeto decidir sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, en defensa de los intereses de la entidad, así como la procedencia de realizar llamamientos en garantía con fines de repetición, instaurar acción de repetición y formular políticas sobre prevención del daño antijurídico.

⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Rad. 37492 CP. Marta Nubia Velásquez Rico

⁵ Artículo 3.

⁶ Artículo 23.

⁷ Artículo 24

De acuerdo con la mencionada Resolución, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Determinar la procedencia de la conciliación en cada caso y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.
2. Fijar las directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la conciliación, arbitraje, entre otros.

Conclusiones

1. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, excepcionalmente es posible reconocer el pago de obligaciones que se constituyen como “hechos cumplidos”, siempre que se enmarquen en los tres supuestos establecidos por esta Corporación.
2. La eventual solicitud alternativa de solución del conflicto correspondiente debe ser sometida a consideración del Comité de Defensa Judicial y Conciliación, debidamente justificada y enmarcada en alguno de los supuestos mencionados en precedencia, con el fin de que sean objeto de una conciliación extrajudicial.
3. El trámite de conciliación se deberá adelantar ante el Ministerio Público de acuerdo con lo establecido en la Ley 640 de 2001.
4. De llegar a un acuerdo con la contraparte, dicha acta deberá ser sometida a la aprobación de un juez contencioso administrativo, quien la podrá aprobar o improbar.
5. De acuerdo con lo expuesto, si se reúnen todos esos requisitos y así lo aprueba el Comité, el Ministerio Público y el Juez, será posible conciliar el pago del hecho cumplido a través de una conciliación extrajudicial siguiendo el procedimiento establecido para ello.

Sumado a lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica se permite advertir a la Dirección Regional que los hechos narrados en la consulta pueden constituir hechos punibles y/o disciplinables, por lo que la requiere para que INMEDIATAMENTE presente la denuncia y la queja correspondiente ante la Fiscalía General de la Nación y la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF con los soportes correspondientes.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Oficina Asesora Jurídica
[Pública]



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6° del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,



ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Daniel Lozano B.  Coordinador Grupo Asesoría Jurídica OAJ
Proyectó: Andrea Delgado P.  Abogada contratista OAJ

 ICBFColombia

www.icbf.gov.co

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial

Los datos proporcionados serán tratados de acuerdo con la política de tratamiento de datos personales del ICBF y la Ley 1581 de 2012.

Sede Dirección General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080