

Bogotá D.C., 10 de agosto de 2021.

Señores:

**CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN QUINTA

Email: [secgeneral@consejodeestado.gov.co](mailto:secgeneral@consejodeestado.gov.co)

Bogotá – Cundinamarca

**ASUNTO: Alcance Respuesta Acción de Tutela No. 2021-04226-00**

**ACCIONANTE: ALONSO DE LA PAVA VELEZ, apoderado de UNIÓN TEMPORAL DISICO – PROING - CYG**

**ACCIONADAS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**

**VINCULADA: UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC**

Honorable Magistrado,

**PAOLA ANDREA BELEÑO MORALES**, en representación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC-, en calidad de Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales, Conceptos y Control de Legalidad, según Resolución No. 000333 del 27 de julio de 2021, delegatario de la función de notificación, contestación, interposición de recursos, asistencia a mesas de trabajo internas y externas y, en general, de la atención de todos los trámites tutelares que se instaure en contra de la USPEC o que ésta deba promover, conforme a la Resolución No. 000329 del 3 de julio de 2020, dando alcance al pronunciamiento emitido por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC y con base en la documentación que reposa en el archivo de la Entidad, me permito manifestar lo siguiente:

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y la UT, suscribieron el Contrato de Obra No. 218 de 20 de diciembre de 2013, cuyo objeto, era la *“construcción de un sector de mediana seguridad y obras conexas en el establecimiento penitenciario y carcelario de Tuluá –Valle del Cauca, mediante el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, de acuerdo con los estudios, diseños, planos y especificaciones suministrados por la USPEC”*. De acuerdo con la cláusula quinta del Contrato, el plazo inicial de ejecución era de seis (6). Meses. Sin embargo, por diferentes motivos relacionados con el desarrollo de la obra, el mismo no se prorrogó de manera sucesiva mediante los otros íes respectivos, hasta el 30 de septiembre de 2017, fecha en que expiró.

Se observa en el documento aludido que, por orden de la USPEC y ante la necesidad apremiante de entregar el ERON completamente funcional y dotado lo más pronto posible, toda vez que la situación de hacinamiento carcelario que presentaba el país para la época de los hechos, la Unión Temporal inició el proceso de compra, importación e instalación de los equipos y elementos indispensables para la dotación del establecimiento carcelario, sin que se hubiera suscrito el

Avenida Calle 26No. 69-76 Bogotá, Colombia

Edificio Elemento Torre 4 - Pisos 12, 13,14

Teléfono: (57) (1) 4864130

[www.uspec.gov.co](http://www.uspec.gov.co)





otrosí mediante el cual se pretendía adicionar el precio del contrato y prorrogar su plazo, por lo que cuando la instalación empezó, el plazo contractual ya había fenecido. Ello, bajo el entendimiento y confianza por parte del Contratista que el otrosí se suscribiría oportunamente, toda vez que así se lo había manifestado la USPEC.

Lo anterior fue objeto de estudio en la sesión del Comité de Conciliación de fecha 24 de noviembre de 2017, en la que los integrantes del Comité de manera unánime decidieron efectuar una solicitud de conciliación conjunta con el contratista, a efecto de pagarle lo que se le debe y así a futuro evitarle a la Entidad una futura demanda y el pago de intereses, decisión que quedo consignada en acta de la misma fecha.

No obstante lo antes esbozado, se evidencia en el archivo institucional que el 15 de enero de 2018, la Procuraduría 19 Judicial II para asuntos administrativos de Cali, admitió la solicitud de conciliación presentada por lo UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS-USPEC y la UNION TEMPORAL DISICO PROING-CYG y citó a las partes con el fin de celebrar audiencia de conciliación.

En la fecha señalada, se lleva a cabo la diligencia respectiva, oportunidad en la que el apoderado de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC adujo que existia ánimo conciliatorio, por lo que propuso conciliar unicamente por la suma de DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS (\$2.576.747.183), correspondiente al valor certificado por la USPEC por los items no previstos y que corresponde al análisis de precios unitarios efectuado por el contratista, la interventoría y la contratante, sin incluir ni reconocer el valor del AIU y del IVA sobre la utilidad. Igualmente, se indica que el plazo para efectuar el pago de la suma de dinero señalada, sería de 10 meses contados a partir de la aprobación judicial de la conciliación.

El apoderado de la UNION TEMPORAL DISICO PROING - CYG indicó que, aceptaba los términos y condiciones de la fórmula de conciliación propuesta por la USPEC. Seguidamente, el Tribunal del Valle del Cauca mediante auto de fecha 27 de enero de 2020, resolvió improbar el acuerdo de conciliación entre la USPEC y la UT, basado en los siguientes argumentos de fondo:

Teniendo en cuenta que lo aqui debatido es el pago por concepto de las labores adicionales ejecutadas por la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG**, luego del vencimiento del contrato suscrito con la **USPEC**, lo que constituiria un enriquecimiento sin causa para dicha entidad, es importante hacer alusion al tratamiento jurisprudencial que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dado a la procedencia de la accion *in rem verso*.

Asi las cosas, se tiene que la figura del enriquecimiento sin causa ha sido considerada como aquella actividad que se despliega en favor de una entidad pública, sin que medie un contrato entre esta y el ejecutor, es decir, que se presenta la ausencia absoluta de un negocio jurídico.

Frente a dicha situación, el Consejo de Estado realiza un estudio minucioso sobre la línea jurisprudencial que se había establecido al respecto, en atención a que no se encontraba definida una posición jurisprudencial frente a la figura del enriquecimiento sin causa, oportunidad en la

Avenida Calle 26 No. 69 - 76 Bogotá, Colombia  
Edificio Elemento Torre 4 - Pisos 12, 13,14  
Teléfono: (57) (1) 4864130  
[www.uspec.gov.co](http://www.uspec.gov.co)



La justicia  
es de todos

Minjusticia



que se concluya que, es procedente el reconocimiento de tal figura jurídica a troves de la acción *in rem verso*, de manera excepcional y por razones de interés público o general, toda vez que quien pretenda intervenir en la celebración de un contrato estatal, tiene 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.

Así mismo, manifiesta dicha corporación que no se puede invocar la buena fe para justificar la procedencia de la acción *in rem verso* en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, por cuanto la buena fe que debe guiar y campear en todo el *iter* contractual, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

Como consecuencia, estableció de manera enfática que la acción *in rem verso* y el reconocimiento del enriquecimiento sin causa, era admisible en los siguientes casos:

- 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 lo 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 omitió 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 4° de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, en lo que respecta a la procedencia del medio de control de reparación directa para alegar un enriquecimiento sin causa por parte de la administración pública, en la misma sentencia de marras, el Honorable Consejo





de Estado indicó que, el mismo era procedente en atención a que, quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación; sin embargo, la restitución que se ordene solo va hasta el monto del enriquecimiento, por cuanto dicha figura (enriquecimiento sin causa) es esencialmente de naturaleza compensatoria.

Adicionalmente el Consejo de Estado ha declarado que, se presenta un enriquecimiento sin causa en razón a un constreñimiento de la autoridad. Así las cosas, la primera excepción supone una actuación efectiva y decisiva del funcionario competente, dirigida a ordenar, pedir, solicitar o constreñir al particular, de manera que no basta con acreditar que existió una orden verbal del funcionario competente, ya que ésta carece del rigor propio del ejercicio del imperio de la administración pública. Así lo ha dejado ver la alta Corporación administrativa al indicar que en caso de que las prestaciones se hayan ejecutado con base en una orden verbal, se presenta "(...) una negligencia clara en su comportamiento que, a la postre, es causa adecuada de los traslados patrimoniales, con lo que el enriquecimiento alegado por la parte demandante no resulta incausado y, por el contrato, halla fundamento en un actuar culposo y desprovisto de las cargas de diligencia, buena fe y sagacidad *negocial*". En consecuencia, en tal caso no se presenta un enriquecimiento sin causa, ya que la causa radica justamente en la negligencia del contratista.

A pesar de que en la solicitud de conciliación, se advierte que la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG** actuó por consentimiento de la **USPEC**, no se observa prueba alguna que de cuenta que la contratista ejecutó las labores adicionales al contrato de obra, ante el ejercicio de actos de constreñimiento de la contratante. En efecto, se aduce que la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG**, después de la expiración del contrato, aceptó continuar con la instalación de las dotaciones, y acudir con posterioridad a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para buscar el pago de las actividades desarrolladas; circunstancia que en modo alguno, evidencia que se hubiera ejercido presión alguna sobre la contratista, ni menos aún que lo hubiera amenazado o hubiera hecho uso de su supremacía o autoridad, para conseguir su aquiescencia.

Es importante acotar que de la revisión del plenario, se encuentra que la entidad contratista con el aval de la interventoría, adelantó actos tendientes a obtener de la contratante una prórroga en el término de ejecución del contrato; así lo deja ver la suscripción de las actas Nos. 08 de 30 de agosto de 2017 y 09 del 19 de septiembre de 2017, a través de las cuales se pactaron los precios unitarios de los elementos de dotación adicionales al contrato de obra No. 218 de 2013.

Sin embargo, a partir de dichas actuaciones no se puede entender configurado el primer supuesto de la *actio in rem verso*, pues como se dijo previamente, el mismo se configura cuando se ejerce algún tipo de presión o constreñimiento de la contratante hacia el contratista y no al contrario; y lo que se advierte en el presente asunto, es que el consorcio instó a la entidad pública, previo al vencimiento del plazo de ejecución del contrato de obra, en busca de que se concediera una prórroga o una modificación en el término del mismo.

En este contexto, y conforme a lo indicado por las partes, la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG** pese al vencimiento del contrato, continuó desarrollando labores adicionales, con la finalidad de garantizar el funcionamiento del centro carcelario del **MUNICIPIO DE TULUÁ**;  
Avenida Calle 26 No. 69 - 76 Bogotá, Colombia  
Edificio Elemento Torre 4 - Pisos 12, 13,14  
Teléfono: (57) (1) 4864130  
[www.uspec.gov.co](http://www.uspec.gov.co)





situación que no habilita el pago acordado por las partes, pues es evidente que se han vulnerado abiertamente las normas de contratación estatal existentes y aplicables al caso. Lo anterior, en atención a que es evidente que frente a dichas actividades no medió contrato estatal alguno entre las partes que soportara legalmente su ejecución en favor de la **USPEC**.

De otro lado, en lo que se refiere a la prestación del servicio de salud sin el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el régimen de la contratación estatal, debe resaltarse que la excepción b) enunciada por la sentencia de unificación se preve como una manifestación de la protección del derecho fundamental a la salud.

Así las cosas, es claro que el segundo supuesto tiene relación directa con la prestación del servicio de salud; por lo que del contrato de obra y de las labores adicionales ejecutadas por la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG**, las cuales, estaban encaminadas a la construcción de un sector de mediana seguridad en el establecimiento penitenciario del **MUNICIPIO DE TULUÁ** y la adecuación e instalación de los elementos necesarios para su habilitación, no se deriva que con las mismas se pretenda garantizar la prestación de servicios en salud.

Posteriormente, contra el auto de fecha 27 de enero de 2020, la **UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG** presentó recurso de reposición ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, quienes mediante auto de fecha el día 12 de abril de 202, resolvió:

*“En el presente caso, no se repondrá la decisión de improbar la conciliación extrajudicial, puesto que el acuerdo resulta lesivo para el patrimonio público, en la medida que, tal como fue expuesto en el auto recurrido, no se demostró que las labores adicionales al contrato ejecutadas por el contratista se hubieran efectuado debido al constreñimiento de la entidad contratante y tampoco se probó que con éstas se estuviera garantizando el derecho a la salud, requisitos ineludibles para la procedencia de la actio in rem verso (...)”*

En los anteriores términos, la Oficina Asesora Jurídica brinda alcance a la respuesta inicial, teniendo como fundamento la información obrante en el archivo institucional.

Respetuosamente,

*Paola A. Beleño*

**PAOLA ANDREA BELEÑO MORALES**

Coordinadora Grupo de Acciones Constitucionales, Conceptos y Control de Legalidad.

Notificaciones: [buzonjudicial@uspec.gov.co](mailto:buzonjudicial@uspec.gov.co)