



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL SUCRE**

SALA TERCERA ÚNICA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: **MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Expediente	70-001-23-33-000-2013-00098 -00
Actor	LUIS RUBEN GÓMEZ PÉREZ
Convocado	ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA
Acción	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL PRIMERA INSTANCIA
TEMA	CONCILIACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS CONTRACTUALES

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la aprobación del acta de conciliación extrajudicial Radicada. No. 2735-2013, realizada el día veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013), ante el Procurador 44 Judicial II para asuntos administrativos por los apoderados del convocante LUIS RUBEN GÓMEZ PÉREZ, así como de la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, en la cual se debate el contenido del acto administrativo incluido en la respuesta de la reclamación administrativa, de fecha 26 de octubre de 2012, notificada el mismo día, en la cual se niega el reconocimiento y pago de la prima de servicios, de navidad, compensaciones en dinero de las vacaciones, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, bonificaciones por servicios prestados, recargos nocturnos, festivos, indemnización por la falta de pago sujeta en el artículo 65 del CST, por el no pago de las prestaciones sociales debidas, sanción de un día de salario por cada día de retardo por la no consignación de las cesantías y demás derechos laborales causados entre el 7 de septiembre de 2007 hasta la fecha de pago efectivo, por haber laborado para la ESE de San Juan de Betulia, durante ese período, como médico en el área de urgencias, conciliándose solamente lo atinente a prestaciones sociales en una suma de \$68.073.607.00. Por concepto de recargos nocturnos, dominicales, festivos, la suma de \$12.138.765.00., para un total de \$80.212.372.00.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fundamentos de hecho.

2.1.1. Manifiesta el convocante Luis Gómez Pérez, que viene prestando sus servicios personales como médico general en el área de urgencias, de manera subordinada en la ESE PRIMER NIVEL DE SAN JUAN DE BETULIA, desde el día 07 de septiembre de 2007 hasta la fecha, dentro de la cual cumplía turnos de 12 horas diurnas así como nocturnas.

2.1.2. Informa el convocante, que para poder laborar en dicha empresa, la ESE le exigía tanto a él como a los demás empleados, que debían asociarse a las cooperativas, por esta razón es que durante este período fungió como socio en 4 cooperativas de manera ininterrumpida, lo cual indica que la asociación no era voluntaria sino impuesta por la ESE, en la medida en que la ESE terminaba sus contratos con tales cooperativas, así mismo terminaba la asociación con las mismas. Posteriormente cuando se acabó la contratación por cooperativas, se le contrató a través de órdenes de prestación de servicios, en la forma como se encuentra vinculado en la actualidad.

2.1.3. Señala el convocante, que la situación antes expuesta, generó una directa relación laboral entre este con la ESE señalada, que muy a pesar del empeño de la convocada en disfrazar dicha relación con la intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado y la suscripción de Ordenes de Prestación de servicios, a sabiendas de estar prohibidas este tipo de contrataciones para empleados que cumplen funciones permanentes, las cuales tienen implicaciones administrativas y penales a los directores o gerentes de entidades públicas como privadas que realicen estos actos contrarios a la ley.

2.1.4. Precisa el convocante, que durante todo el tiempo que ha prestado sus servicios, solo ha recibido un sueldo básico mensual, sin que se le haya cancelado sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales a los que por ley tiene derecho, causados entre el 07 de septiembre de 2007, hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

2.2.- Las pruebas aportadas

.- Poder otorgado por el convocante LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ a la Doctora CARMEN ELENA SERPA VERGARA, para los fines de esta conciliación¹

.- Poder otorgado por el convocante LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ a la Doctora CARMEN ELENA SERPA VERGARA, para efectos de realizar reclamación

¹ Folio 10 C. Ppal.

administrativa ante la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA².

.- Escrito de reclamación administrativa que realiza el convocante a la convocada de fecha octubre 16 de 2012³.

.- Respuesta de la convocada al derecho de petición contentivo de la reclamación administrativa del convocante, en la cual se niega el reconocimiento de los derechos prestacionales solicitados por este último mencionado⁴.

.- Copia de las actas de Horarios de Trabajo, realizados por el actor a la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA⁵.

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 050, 036, 026 y 013, celebrados entre la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA y la Cooperativa denominada JAHSALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO⁶, cuyo objeto consistió en la prestación de los servicios asistenciales y administrativos, específicamente servicios de salud humana de baja complejidad, organizados en procesos y subprocesos de salud con la finalidad de atender toda la población usuaria de la ESE DE PRIMER NIVEL DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE.

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 006, y la adición correspondiente a dicho contrato, celebrados entre la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA y la Cooperativa de trabajo asociado denominada SALUD HUMANA CTA.⁷

.- Copia del contrato de prestación de servicios y de adición del mismo, celebrado entre la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA y la Cooperativa de trabajo asociado especializada en salud denominada AMISALUD.⁸

.- Copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA y la Cooperativa de trabajo asociado especializada en salud denominada AMISALUD⁹.

² Folios 11 C. Ppal.

³ Folios 12 a 14 C. Ppal.

⁴ Folios 15 a 17 C. Ppal.

⁵ Folios 18 al 58 C. Ppal.

⁶ Folios 59 a 76 C. Ppal.

⁷ Folios 77 a 87 C. Ppal.

⁸ Folios 90 a 94 C. Ppal.

⁹ Folios 95 a 101 C. Ppal.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 066 de 2011, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹⁰.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 12 de 2011, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 60 días¹¹.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 176 de 2011, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹².

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 228 de 2011, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹³.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 280 de 2011, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹⁴.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 038 de 2012, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹⁵.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 100 de 2012, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 30 días¹⁶.

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No. 152 de 2012, celebrado entre el convocante LUIS GÓMEZ PÉREZ y la convocada

¹⁰ Folios 102 a 103 C. Ppal.

¹¹ Folios 104 a 105 C. Ppal.

¹² Folios 106 a 107 C. Ppal.

¹³ Folios 108 a 109 C. Ppal.

¹⁴ Folios 110 a 111 C. Ppal.

¹⁵ Folios 112 a 113 C. Ppal.

¹⁶ Folios 114 a 115 C. Ppal.

ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, con un plazo de ejecución de 08 meses¹⁷.

III. CONSIDERACIONES:

3.2.- Procedencia de la actuación

A partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro País que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del Juez Administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos. La conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hoy en día denominados medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141, es decir: **restablecimiento del derecho**, reparación directa y **relativa a contratos**, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siempre que se cumpla con los requisitos formales establecidos.

Al hacer referencia a materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

De manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.

¹⁷ Folios 116 a 117 C. Ppal.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “*las pruebas necesarias*” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

3.2.1 REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y SU CAPACIDAD PARA CONCILIAR.

a) La autoridad ante la cual se celebró la audiencia de conciliación, fue la Procuraduría No. 44 Judicial II, para asuntos administrativos, habilitada por la Ley para conocer, además, tramitar esta clase de procedimiento cuando se trate de asuntos que puedan demandarse ante esta jurisdicción.

b) PARTE CITANTE. La solicitud de conciliación fue presentada por la Dra. CARMEN ELENA SERPA VERGARA, quien actúa en calidad de apoderada del señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ, identificado con cedula de ciudadanía número 92.553.972 expedida en Corozal, en la forma como aparece en el poder que confiriera para tales fines.

c) PARTE CONVOCADA: ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA - SUCRE.

Debe precisarse, que la convocada, compareció a estas actuaciones, bajo la representación del señor FABIO JOSE PINEDA TEJADA, identificado con la cédula de ciudadanía número 92.026.746, en su calidad de Gerente de la misma, quien en la audiencia para conciliación realizada inicialmente ante la Procuraduría que adelantara estas actuaciones, manifiesta que confiere poder especial para que a su vez lo represente, al doctor FRANK JOSÉ PASTRANA ORTIZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.876.948 y T.P. No. 72.554 del C. S. de la J¹⁸.

Respecto de la prueba de la existencia el artículo 166 del CPACA, numeral 4 consagra, los anexos de la demanda.

“La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley”.

¹⁸ Folio 123 C. Ppal.

En el sub examine, la entidad pública, es una empresa social del estado, las que fueron creadas por la ley 100 de 1993 en el artículo 194, por lo tanto, según la norma citada no se requiere demostrar su existencia.

Respecto a la prueba de la representación cuando una persona jurídica se hace parte en un proceso como demandado o demandante, el artículo 159 del C.P.A.C.A inc. 1 establece:

Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

En este caso en estudio, las ESE según el artículo 195 numeral 4 asigna al director o gerente la representación legal, luego según la norma anteriormente transcrita, debe este representante legal acreditar su condición; lo que puede observarse es que la entidad convocada, actúa representada presumiblemente por su gerente, quien a su vez otorga poder para ser representado en todas las actuaciones a su abogado, pero que ninguno de los dos sujetos mencionados aportan documento alguno que los acredite dentro de la condición que presuponen fungir, pues no existe en el expediente, la mínima constancia que así lo certifique, luego entonces, se establece que no se dan los requisitos necesarios para determinar la legitimidad por pasiva dentro de estas actuaciones, concluyéndose, que no se cumple con el primero de los requisitos para que la presente conciliación se torne viable, razones para que en consecuencia deba negarse la aprobación de la misma.

3.2.2. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.

Observado que no aparece establecida la legitimidad de la parte convocada para comparecer a estas actuaciones, mal podría predicarse que quien funge como representante de la entidad convocada, pueda en consecuencia disponer de los derechos económicos aceptados como acuerdo conciliatorio en nombre de la entidad que manifiesta representar, pues se trata de una ESE de carácter municipal, que debe estar creada por un Acuerdo Municipal, y que quien ostente la condición de Representante de la misma, debe estar precedido de la certificación correspondiente que lo acredite como tal, tanto para actuar como convocado, como para otorgar poder especial para ser representado dentro de su condición. Cabe señalar, que ninguna de prueba fue anexada al respecto para tales fines. Así como la autorización del comité de conciliación de dicha entidad, que autorice a la disposición de los derechos económicos.

3.2.3. Que no haya operado la caducidad de la acción.

Habría que establecer, que de acuerdo con la solicitud de conciliación que hace el convocante, deja entrever, que sus pretensiones involucran el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues se pretende atacar el acto administrativo por medio del cual la convocada le niega el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales, así como una sanción moratoria, bajo la consideración de que entre convocante y convocada existió una verdadera relación laboral.

Al respecto tendríamos, que la caducidad del medio de control señalado, está establecida en un término de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente de la emisión o de la notificación del acto administrativo negativo, el cual fue proferido por la convocada en la fecha octubre 26 de 2012. Como quiera que la solicitud de conciliación se presentó para la fecha 22 de febrero de 2013, tenemos, que este término de caducidad no se encontraba vencido, luego entonces la presente solicitud, resultó presentada dentro de la temporalidad legal establecida para el caso.

3.2.4. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

Se puede establecer de las actuaciones, que no aparece autorización alguna del comité de conciliaciones de la entidad convocada, para la viabilidad de la conciliación que ahora pretende con el convocante, situación que se torna necesaria para la prosperidad de este medio alternativo de solución de conflictos.

En consonancia con lo señalado, no aparece en el expediente, prueba que determine que no se ha producido un pago a favor del convocante de lo presuntamente debido.

Se observa, que la parte convocante allega al expediente escrito, anexando documento emanado de la convocada, en donde se deja constancia de que al señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ, no se le canceló prestación social alguna durante el término de duración de los contratos ni con posterioridad a ello, refiriéndose a la materia conciliada¹⁹.

Al respecto de lo citado, tenemos que la prueba aportada, no resulta idónea, por no contener o revestir los presupuestos jurídicos, como se pudo ver, esta no fue oportunamente aportada a las actuaciones y en consecuencia no pudo ser estudiada para el momento en que se hizo la conciliación que nos ocupa, por lo

¹⁹ Folios 204 y 205 C. Ppal.

que debe retomarse el dicho del Ministerio Público, cuando de una manera clara deja precisado dentro del acta que desata la conciliación:

“El Procurador Judicial no avala el acuerdo logrado por las partes y solicita su improbación por las siguientes razones: Los conceptos conciliados corresponden a vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, y prima de servicios, de manera indexadas, correspondiente a los periodos de 1 de octubre de 2007 a 28 de febrero de 2008; 1° de abril de 2010 al 28 de febrero de 2009; del 1° de marzo al 31 de marzo de 2010; del 1 de abril de 2010; del 1° de julio de 2011 al 31 de octubre de 2012; así como la liquidación de horas extras, cuya cuantía es \$80.212.372.00; como pruebas que respaldan la obligación y por ende el acuerdo logrado se aportaron: respuesta a derecho de petición, de fecha octubre 26 de 2012 (folio 15 a 17) y que constituye el acto administrativo a demandar en caso de improbarse el acuerdo; de folio 18 a 58 de la solicitud de conciliación encontramos planilla de trabajo de horas extras, en el que se relaciona el nombre del convocante, señor Luis Gómez, y que comprende del mes de marzo de 2008, de las cuales, como lo dijo la apoderada del convocante, las primeras seis son las que están firmadas y selladas por la entidad; diferentes contratos de prestación de servicios (folio 59 a 117); además en esta audiencia la apoderada del convocante aportó original de certificación de la ESE sobre el tiempo que laboró mi mandante en la ESE san Juan de Betulia; contratos que suscribía la ESE San Juan de Betulia con las deferentes Cooperativas, como lo fueron en su momento COOTYRASOPAL, AMISALUD, SALUD HUMANA Y JAH SALUD. Para el Ministerio Público, los documentos aportados no son suficientes para soportar el acuerdo, toda vez que se desconoce que la Cooperativa JAH SALUD COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO; SALUD HUMANA CTA; AMISALUD hayan pagado las prestaciones reclamadas, ante lo cual no existe una incertidumbre sobre los conceptos conciliados, además en lo que respecta a las horas extras, es sabido que se necesita que estas se encuentren ordenadas por la ESE San Juan de Betulia. También tenemos que el señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ, aparece contratando directamente con la ESE San Juan de Betulia varios contratos, los cuales aparecen aportados a folios 102 al 117, además no se aporta acta de aprobación de póliza, certificación de cumplimiento del servicio prestado por el Galeno; no se encuentra probado que el señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ haya contratado con las cooperativas relacionadas para prestar el servicio a la ESE, y de ser así se debió determinar que la cooperativa no haya recibido el pago por los conceptos que ahora se reclaman, para evitar el doble pago por parte de la ESE por un servicio...²⁰”.

Este documento, solo manifiesta que la ESE no pagó prestaciones sociales al actor, pero en la convocatoria a la audiencia de conciliación no están citadas las diferentes cooperativas, por ello, no puede tener valor una certificación emitida en la cual el objeto contractual con las diferentes cooperativas no podía incluir prestaciones sociales puesto que el contrato que se firmó, fue de prestación de servicio entre personas jurídicas, una de derecho público y otra de derecho privado, por lo tanto, en esta clase de contratos no se pueden pactar situaciones de tipo laboral; además, en relación, con los otros contratos no hay claridad alguna; es decir, el suscrito directamente por el convocante LUÍS RUBÉN

²⁰ Folio 125 C. Ppal.

GÓMEZ PÉREZ y la E.S.E San Juan de Betulia; por lo tanto no puede ser tenido en cuenta.

3.2.5. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.

Como se ha dejado plasmado de todo lo dicho, tenemos que el presente acuerdo resulta lesivo para el patrimonio público de la entidad convocada, pues no se tiene la prueba mínima que establezca una relación laboral entre el convocante con la convocada, ni mucho menos se puede determinar, que al actor no se le pagaran por las cooperativas a las que pertenecía o por la entidad convocada, los valores reclamados y pretendidos en esta conciliación, pues en principio la relación que se presenta es entre dos personas jurídicas, o sea las cooperativas contratistas a las que pertenecía el convocante y la entidad convocada ESE del Municipio de San Juan de Betulia – Sucre.

IV. CONCLUSIONES.

Queda claro para este Tribunal, que en el presente asunto, no se reúnen los presupuestos para que la Conciliación pretendida por convocante y convocada, llegue a buen término, pues no obran en el expediente las pruebas necesarias e idóneas que establezcan la obligación existente entre las partes, la cual presumiblemente, se encuentra pendiente para su reconocimiento y pago, correspondientes a prestaciones sociales por una relación laboral no probada entre el señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ con la ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA - SUCRE.

Se precisa, que no existe legitimidad, capacidad y competencia para actuar dentro de la presente conciliación, específicamente en lo atinente a la convocada ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA- SUCRE. Tampoco se cumple con los presupuestos de estar debidamente respaldado en la actuación lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo conciliatorio, aparte de determinarse que el mismo analizado resulta abiertamente lesivo para el patrimonio público., por carecer de los elementos probatorios respectivos, así como de la autorización del comité de conciliación de la entidad respectiva.

Dadas las anteriores apreciaciones, resulta dable para este Tribunal, no darle aprobación al acuerdo conciliatorio que se analiza.

Por lo expuesto se

Expediente 70 001 23 33 000 2013 00098 00
Actor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ
Convocado ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA
Acción CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL –PRIMERA INSTANCIA

RESUELVE:

PRIMERO. NO APROBAR EL PRESENTE ARREGLO CONCILIATORIO PREJUDICIAL, realizado entre el señor LUIS RUBEN GOMEZ PEREZ y la ESE DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE, en atención a lo considerado.

SEGUNDO. Una vez se surta la notificación correspondiente, devuélvase estas actuaciones a la Procuraduría de origen para lo de su pertinencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado