**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen contractual aplicable**

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política y el ya citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en el caso específico de los contratos de las Empresas Sociales del Estado, la contratación debe tener siempre en cuenta que la salud es un servicio público y que el objeto social de la “ESE” como empresa estatal contratante lo constituye “la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social” (…) Por ello, cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo de aplicación imperante al negocio jurídico, la entidad pública se encuentra obligada a observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política , tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Legitimación de hecho – Legitimación material**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. Tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

**PRÓRROGA – Alcance**

La prórroga de un contrato supone la continuación del acuerdo de voluntades existente; dicho en otras palabras, comporta la prolongación del mismo vínculo negocial, lo que necesariamente supone la existencia de un negocio jurídico con base en el cual se opta por continuarlo o por finalizarlo, por el vencimiento del plazo de ejecución (…). En ese sentido, la posibilidad de extender el vínculo se encuentra directamente ligada a la actividad negocial que aún está vigente y la extensión de su plazo depende de que su objeto se hubiere cumplido satisfactoriamente, dado que, de lo contrario, la mencionada prórroga no habrá de materializarse y, por contera, la vida jurídica del negocio en ejecución finalizará al vencimiento del término pactado.

**RENOVACIÓN DEL CONTRATO – Alcance**

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Subsección ha considerado que la renovación equivale a re–hacer, volver a hacer, o a celebrar el contrato, cuestión que puede tener lugar cuando mediante el acuerdo de voluntades y ante el vencimiento de un contrato similar pre–existente, en ejercicio de su libertad negocial, las partes convienen un nuevo vínculo en relación con el cual puede mantenerse vigente la regulación básica o genérica del contrato inicial.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Facultad oficiosa – Decreto de pruebas**

De la simple lectura del texto se deriva que el decreto oficioso de pruebas por parte del juez es una facultad de carácter excepcional que se encamina al “esclarecimiento de la verdad”, cuya práctica se reserva a las etapas previstas en la ley o bien para “aclarar puntos dudosos u oscuros” cuando el juez se dispone a dictar sentencia, potestad que en ningún caso puede entenderse como una atribución destinada a suplir la inactividad probatoria de las partes a quienes incumbe acreditar los hechos que alegan.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento del contrato**

Ante el panorama que antecede, conviene poner de relieve que el incumplimiento del contrato se presenta cuando uno de los extremos del negocio jurídico incurre en inobservancia o en acatamiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración. Su ocurrencia faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Incumplimiento – Carga de la prueba**

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se pretende el pago de prestaciones ejecutadas que se adeudan en el marco del cumplimiento del contrato, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte (…) Regresando al análisis del caso concreto, la Sala advierte que el contratista no satisfizo en debida forma la carga de demostrar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ese extremo y con ello el supuesto para que procediera la remuneración acordada. Contrario sensu, las pruebas que militan en el plenario revelan que su gestión fue insatisfactoria.

**PRÓRROGA – Cumplimiento del objeto contratado**

La prórroga del contrato se supeditó, según el mismo acuerdo de voluntades contenido en la cláusula en mención, a que al vencimiento del plazo convenido se obtuviera concepto favorable por parte de la interventoría frente a la satisfacción del objeto contratado. Con ese fin, la interventoría tendría en cuenta el desempeño y cumplimiento de las funciones encomendadas y, además, verificaría que el porcentaje de la facturación libre de glosas fuera superior al ochenta y cinco (85%) en el período evaluado y una gestión adecuada de respuesta de glosas definitivas, sin que estas superaran el cinco por ciento (5%). Esa previsión, incorporada de manera inicial en el Contrato No. 168 de 2006 fue precisamente la que dio lugar a que el mismo fuera prorrogado a través del Contrato No. 001 de 2007, luego de que se obtuviera el concepto favorable de la interventoría, como se desprende de la motivación que llevó a la celebración de este último, en la cual se consignó que “dentro del informe global de gestión realizado por los interventores del contrato a la firma TELCOM S.A., recomendaron la continuidad del servicio prestado por dicha sociedad por la realización del objeto del contrato durante el período 2006”.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Terminación del contrato – Declaratoria de incumplimiento**

La Sala observa que en la comunicación del 1 de enero de 2008, el gerente de la E.S.E Hospital Universitario CARI comunicó a la sociedad Telcom S.A. E.S.P. su intención de no prorrogar el contrato para la siguiente vigencia fiscal, por no haber obtenido resultados satisfactorios durante su ejecución, en manera alguna comportó el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato regulada por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; tampoco entrañó el despliegue del poder sancionatorio consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como lo aseveró el recurrente en la apelación (…). La comunicación en comento obedeció al pacto que la mismas partes introdujeron en el acuerdo negocial frente a la posibilidad de que, al vencimiento del plazo pactado, no se continuara con la relación contractual para la próxima vigencia en el evento de que se obtuviera un resultado insatisfactorio en relación con el cumplimiento de las obligaciones, opción que en realidad no cristalizaba el ejercicio del poder de imperio de la Administración contratante que lo situara en un plano de desigualdad respecto del contratista particular y que lo revistiera del carácter de excepcional en relación con las facultades de que gozan los particulares en su actividad negocial (…). Del anterior texto emerge de forma inequívoca que la intención del contratista fue no continuar con la prestación de servicios de facturación contratada y dar por terminado el acuerdo por vencimiento del plazo, hecho que tuvo ocurrencia ese mismo día.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Hecho del príncipe – Ius variandi**

La Sala advierte que no han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del equilibrio económico propende por asegurar que durante la ejecución se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. Siguiendo ese esquema de pensamiento, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos o exógenos a los extremos negociales, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión, o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, en ejercicio de la función administrativa de los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe” o “Ius variandi”, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Incumplimiento del contrato**

La Sala estima pertinente advertir que el supuesto en que apoya la ocurrencia de la fractura de la ecuación financiera del contrato no constituye una circunstancia imprevisible, extraordinaria y ajena a la voluntad de las partes con la virtualidad para impactar nocivamente la economía de su contrato. Por el contrario, su falta de continuidad, según se explicó, obedeció al incumplimiento en que incurrió el contratista respecto de las metas fijadas por ambas partes para continuar con la relación contractual durante la siguiente vigencia fiscal, circunstancia que, de entrada, descarta la posibilidad de dar aplicación a la teoría del equilibrio económico. Concatenado con lo expuesto, ha de tenerse en consideración para resolver este cargo que la prolongación del vínculo negocial constituía un hecho futuro e incierto, en virtud del cual no era posible derivar con certeza el provecho económico deseado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00177-01(56091)**

**Actor: TELCOM S.A.**

**Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA E.S.E / se rige por normas de derecho privado – FACULTAD OFICIOSA DE DECRETAR PRUEBAS / no puede desplazar la carga probatoria de las partes – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / incumbe probar el cumplimiento de quien lo alega / NO PRÓRROGA DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – diferente a potestad de terminación unilateral – DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – no se presenta por supuestos de incumplimiento contractual

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual declaró no probadas a las excepciones propuestas por el Hospital accionado y negó las pretensiones de la demanda.

1. **A N T E C E D E N T E S**
2. **La demanda**

El 19 de marzo de 2010, la sociedad Telcom S.A. E.S.P. presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, en contra de la E.S.E. Hospital Universitario CARI, la cual fue corregida el 23 de noviembre de ese mismo año. A través de su formulación se solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

* Que se declarara que la E.S.E. Hospital Universitario CARI incumplió el Contrato No. 001 de 2007 suscrito con la sociedad Telcom S.A.
* Que, como consecuencia, se condenara a la demandada a pagar los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, los cuales estimó en cuantía de $2.242’456.682, por concepto de daño emergente y lucro cesante y la suma equivalente a 500 SMLV por concepto de daño moral.
* Que se condenara en costas a la demandada.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Que, como resultado de la Convocatoria Pública No. 003 de 2006, el 4 de octubre de 2006 la empresa social del Estado Hospital Universitario CARI y la sociedad TELCOM S.A. E.S.P. celebraron el Contrato de Prestación de Servicios No. 168, cuyo objeto consistió en la admisión, facturación, cobro de cuotas moderadoras, copagos, cuotas de recuperación y recaudo de pago por servicios prestados. El plazo del contrato se pactó inicialmente en tres meses, que vencían el 31 de diciembre de 2006.

**2.2.** Que, en la cláusula cuarta del referido contrato, se estipuló que su duración sería por año fiscal, sin que el período contratado superara el 31 de diciembre de 2008.

**2.3.** Que, luego de obtener concepto favorable de la interventoría, el primero de enero de 2007 las partes suscribieron el Contrato No. 001, por el cual, en virtud de lo acordado en la cláusula cuarta, se renovó el negocio jurídico No. 168 hasta el 31 de diciembre de 2007.

**2.4.** Que, el primero de enero de 2008, la E.S.E Hospital Universitario CARI informó a la sociedad contratista su decisión de no renovar el Contrato No. 001 de 2007, para el período fiscal 2008, bajo el argumento de que, según el informe de la interventoría, Telcom S.A. E.S.P. no había cumplido satisfactoriamente las obligaciones a su cargo.

**2.5.** Que, la anterior comunicación contenía la decisión de terminar unilateralmente el Contrato No. 001, con la cual el Hospital desconoció el plazo pactado para su ejecución, vulneró el derecho de defensa del contratista, en tanto no le dio a conocer con antelación los motivos en que sustentó el supuesto incumplimiento, y, además, generó la ruptura del equilibrio económico del contrato.

**3. Fundamentos de derecho**

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, en esencia, el demandante adujo que la entidad pública se apartó de los fines esenciales del Estado, por haber incurrido en incumplimiento contractual, conducta por medio de la cual, en su criterio, se transgredió el artículo 1602 del Código Civil, según el cual, todo contrato es ley para las partes, inobservancia que se tradujo en el irrespeto del acuerdo de voluntades dirigido a prorrogar o renovar el contrato en los plazos pactados, en la falta de pago de los valores convenidos y en haber desequilibrado su economía, al haberlo dado por terminado.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante providencia del 6 de septiembre de 2010, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada. Posteriormente, en auto de 9 de diciembre del mismo año se admitió su corrección y se surtieron las notificaciones de ley.

**4.2.** En decisión del 29 de mayo de 2012, la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda – E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla CARI**

La entidad pública ejerció su derecho de contradicción dentro del término legal.

En relación con los hechos en que se fundó la acción, adujo que no era cierto que el Hospital hubiera garantizado la contratación paulatina por el término de tres años. Al respecto, señaló que la extensión del vínculo contractual, a través de su renovación, no se produjo debido a que el mismo contratista manifestó al Hospital su intención de no continuar ejecutando el negocio. De ahí que su no renovación se atribuyó al mutuo disenso de las partes.

Agregó que, en todo caso, la posibilidad de renovarlo se hallaba sujeta al informe favorable que sobre el cumplimiento contractual rindiera el interventor, condición que fue conocida y aceptada por el contratista al suscribir el acuerdo.

Señaló también que no existió una decisión de terminar unilateralmente el contrato; replicó que su terminación se dio por vencimiento de plazo, sumado a la ausencia de voluntad de ambas partes de prorrogarlo.

Igualmente, manifestó que no resultaba viable alegar la ruptura del equilibrio económico de un contrato, cuya falta de renovación fue producto del mutuo acuerdo de las partes.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó “*falta de competencia- cláusula compromisoria*”; “*falta de competencia por cuantía*”; “*caducidad*”; “*indebida acumulación de pretensiones*”; “*compensación de culpas*”; “*compensación de perjuicios*”; “*autonomía de la voluntad*”; “*excepción de contrato no cumplido*”.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, el *a quo* se refirió en primer lugar a la excepción de falta de competencia por cláusula compromisoria, respecto de la cual concluyó que la estipulación relacionada con la resolución de conflictos no se identificó con una verdadera cláusula compromisoria, en tanto se encaminó a establecer que las discrepancias se dirimirían a través de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley, en particular, la conciliación, la amigable composición y la transacción.

En relación con la indebida acumulación de pretensiones, consideró que en cuanto no se habían expresado argumentos para fundamentarla, la misma no tenía vocación de prosperidad.

En lo concerniente a la caducidad de la acción, estimó que el cómputo de los dos años debía iniciar desde la fecha en que el Hospital manifestó su voluntad de no renovar el contrato, esto es, desde el 1 de enero de 2008.

De ahí que, descontado el término en que se suspendió el conteo por el trámite de conciliación extrajudicial, al haberse interpuesto la demanda el 19 de marzo de 2010, su formulación fue oportuna.

En orden a resolver las excepciones de compensación de culpas y de contrato no cumplido, realizó un análisis del material probatorio recaudado en el proceso, al cabo del cual determinó que el régimen jurídico de los contratos 168 de 2006 y 001 de 2007 era el del derecho privado.

Explicó que la prórroga del aludido contrato de prestación de servicios para la vigencia 2008 estaba supeditada al concepto favorable que respecto del desempeño y cumplimiento del contratista debía rendir la interventoría, de manera que no resultaba admisible el argumento del demandante en cuanto a que era obligación ineludible del hospital proceder a la renovación del contrato.

Con base en lo anotado, consideró que si lo alegado por el demandante radicaba en que el Hospital incumplió su obligación de renovar el contrato, constituía una carga del demandante demostrar que había cumplido las obligaciones contraídas en virtud de su celebración.

Atendiendo a lo plasmado, expresó que no se habían allegado al plenario las actas de recibo a satisfacción de los servicios prestados, a las que hacía mención el demandante, ni documento alguno dirigido a acreditar su cabal cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Para el Tribunal, con los documentos aportados al proceso se evidenciaba que la sociedad Telcom S.A. E.S.P. no estaba cumpliendo satisfactoriamente el objeto contractual.

Como conclusión, el *a quo* advirtió que al no estar probado que Telcom S.A. E.S.P. cumplió con lo de su resorte, no podía atribuirse al demandado incumplimiento alguno de lo pactado.

**7. El recurso de apelación**

La parte actora presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como argumento de su inconformidad expuso que las consideraciones del *a quo* fueron sesgadas para concluir que el demandante había incumplido la relación negocial, sin haber hecho uso de su facultad oficiosa de decretar pruebas dirigidas a establecer que el verdaderamente incumplido fue el hospital demandado, como en efecto lo fue respecto de sus obligaciones de pago, al punto de que esa circunstancia ocasionó las dificultades que debió afrontar el demandante para honrar sus compromisos contractuales.

Sostuvo que el Tribunal no apreció en debida forma las pruebas obrantes en el plenario, con las cuales se evidenciaba que fue el Hospital demandado el que incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Igualmente, reprochó la ausencia de valoración probatoria del dictamen pericial.

Añadió que la terminación el Contrato No. 001 de 2007 se produjo en abierta trasgresión del debido proceso del contratista, por cuanto no se le brindó la oportunidad de ejercer su defensa frente a los cargos de incumplimiento que se le enrostraban,

Señaló que con esa omisión con la cual se desconoció lo previsto en el artículo 17 de Ley 80 de 1993 y en el artículo 17 de la Ley 1150, además de no haber consultado los supuestos que esas normas consagraban para su procedencia y de oponerse con su conducta a la buena fe contractual que se le exigía.

Por último, esgrimió que la falta de prórroga del contrato trajo consigo la ruptura de equilibrio económico, por cuanto se impidió que el contratista cumpliera las proyecciones esperadas durante todo el plazo pactado.

**8. Actuación en segunda instancia**

**8.1.** Mediante providencia del 29 de enero de 2016, el Despacho de la magistrada conductora del proceso admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**8.2.** Por auto del 12 de abril de 2016 se negó la solicitud probatoria elevada por la parte actora en segunda instancia, por considerar que no se reunían los supuestos consagrados en el artículo 214 del C.C.A.

**8.3.** En decisión del 12 de mayo de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, la parte demandada presentó su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, insistió en los argumentos en los que soportó la contradicción. La parte actora guardó silencio.

Dentro del término del traslado especial, el Ministerio Público rindió concepto, en el cual estimó que la sentencia de primera instancia merecía ser confirmada, en razón a que no se había demostrado el incumplimiento imputable a la parte demandada.

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** cuantía del asunto; **3)** procedencia de la acción contractual; **4)** oportunidad de la acción; **5)** legitimación en la causa; **6)** del régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado; **7)** algunas precisiones sobre la prórroga y renovación del contrato; **8)** análisis de la apelación: **i)** de la facultad oficiosa de decretar pruebas; **ii)** del incumplimiento de la E.S.E contratante; **iii)** de la violación del debido proceso, de la buena fe contractual por inobservancia de las normas del Estatuto de contratación estatal que orientan la terminación del contrato y la declaratoria de incumplimiento; **iv)** de la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia de su no prórroga y **9)** de las costas.

**1) Competencia del Consejo de Estado**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998[[1]](#footnote-1), que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento de un contrato de prestación de servicios celebrado el 1 de enero de 2007 entre la E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barraquilla y la sociedad TELCOM S.A. E.S.P.

En este punto cabe recordarse que en el artículo 194[[2]](#footnote-2) de la Ley 100 de 1993 se determinó la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas departamentales o concejos municipales, según el caso.

Así las cosas, se precisa que la parte demandada, E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barraquilla, es una Empresa Social del Estado[[3]](#footnote-3) y, en ese orden, con sujeción a lo dispuesto en la norma que acaba de referirse, ostenta la condición de entidad pública.

Como consecuencia, con apoyo en las pautas legales y jurisprudenciales referidas, al margen del régimen legal de contratación que la gobierne, esta Jurisdicción es la competente para decidir las controversias contractuales en las que la Empresa Social del Estado demandada sea parte.

**2) Cuantía del asunto**

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $1.500’000.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a  500  S.M.L.M.V.  ($257’500.000)[[4]](#footnote-4), exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005 para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**3) Procedencia de la acción contractual**

El presente debate versa sobre el incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios No. 001 de 2007, celebrado entre la E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barranquilla y la sociedad Telcom S.A. E.S.P. El aludido incumplimiento se centró en los siguientes argumentos:

* En la falta de reconocimiento y pago de la totalidad de los servicios prestados por la sociedad Telcom S.A. E.S.P.
* En la no prórroga del contrato por el período correspondiente al año fiscal 2008, por razones imputables a la conducta de la entidad pública co-contratante.

Igualmente, se discute la vulneración al debido proceso y la trasgresión al principio de buena fe contractual, por inobservancia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal que orientan la terminación del contrato y el incumplimiento contractual.

Por último, se alega la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia directa de la no prolongación del vínculo contractual.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., los cargos descritos, conciernen ventilarse a través del cauce de la acción contractual[[5]](#footnote-5) impetrada.

**4) Oportunidad de la acción**

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”.*

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993[[6]](#footnote-6), en materia contractual las empresas sociales del Estado se regirán por el derecho privado.

Establecido lo anterior, para la Sala conviene reiterar en esta oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

*“****Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-****.*

*“****Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1150 de 2007 sería inadecuado****”[[7]](#footnote-7)* (Se destaca).

Se encuentra acreditado en el expediente que el primero de enero de 2007, las partes de esta controversia celebraron el Contrato de Prestación de Servicios No. 001 de 2007, acuerdo cuyo plazo, según su cláusula cuarta, vencía el 31 de diciembre de 2007. Se reitera que la falta de prolongación de dicha relación contractual y el pretendido incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Hospital en virtud de su celebración constituyen materia de esta litis[[8]](#footnote-8).

Observa la Sala, además, que si bien en la cláusula quinta del contrato en mención, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, convinieron que el mismo debía ser sometido a liquidación de mutuo acuerdo, ciertamente no se dispuso un término para llevarla a cabo, de tal suerte que, a partir de la fecha de la finalización de su plazo, el interesado tenía dos (2) años para formular la demanda correspondiente, los cuales, en principio, se cumplían el 1 de enero de 2010 fecha que, por corresponder a la vacancia judicial, se habría de trasladar al siguiente día hábil -12 de enero de 2010-.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 15 de julio de 2009, faltando cinco meses y diecisiete días para vencerse los dos años de caducidad de la acción, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 15 Judicial Administrativa, trámite que suspendió el respectivo cómputo hasta el 8 de octubre de 2009, tras declararse fallida la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio.

Al día siguiente se reanudó el término faltante para cumplir los dos años de caducidad de la acción –cinco meses y diecisiete días- el cual finalizó el 26 de marzo de 2010.

Así las cosas, al haberse impetrado la demanda el 19 de marzo de 2010, se concluye que la acción se interpuso dentro del término legal.

**5) Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa de hecho a la sociedad Telcom S.A. E.S.P. para integrar el extremo demandante, en su calidad de contratista del negocio jurídico supuestamente incumplido.

Igualmente, halla la Sala legitimada en la causa por pasiva de hecho a la E.S.E. Hospital Universitario CAMI de Barranquilla, dada su condición de entidad contratante dentro del acuerdo base de la controversia.

**6) Del régimen contractual de las** **Empresas Sociales del Estado**

Aun cuando, según se anticipó con anterioridad, en atención a su naturaleza de Empresa Social del Estado, el Hospital Universitario CARI de Barranquilla participa del carácter de entidad pública, no por ello a los contratos por esta celebrados les resulta aplicable el Estatuto de Contratación de la Administración recogido en la Ley 80 de 1993, ya que, en virtud de lo establecido por el mismo legislador, la actividad negocial de ese tipo de entidades, como el de algunas otras, se encuentra excluida de la cobertura de aquella preceptiva legal.

En efecto*,* de conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud se consagró en los siguientes términos:

*“****ARTICULO.******195.- Régimen jurídico****. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*“(…)*

*“6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.*

Con sujeción a la norma legal en referencia, los contratos celebrados por la E.S.E. Hospital Universitario CARI se han de regir por el derecho privado, regla que resulta aplicable al Contrato de Prestación de Servicios No. 001 de 2007.

No obstante, de acuerdo con el artículo 49[[9]](#footnote-9) de la Constitución Política y el ya citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en el caso específico de los contratos de las Empresas Sociales del Estado, la contratación debe tener siempre en cuenta que la salud es un servicio público y que el objeto social de la “*ESE”* como empresa estatal contratante lo constituye “*la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social”*[[10]](#footnote-10)*.*

Por ello, cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo de aplicación imperante al negocio jurídico, la entidad pública se encuentra obligada a observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política[[11]](#footnote-11), tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007[[12]](#footnote-12).

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación en el caso específico de las Empresas Sociales del Estado, al sostener que:

*“En conclusión, todo esto significa que ni antes ni después del 2007 las Empresas Sociales del Estado podían inaplicar el artículo 209 de la Constitución Política, porque está inescindiblemente relacionado con la moralidad, la continuidad, la prestación efectiva de los servicios públicos y la garantía de los derechos ciudadanos.*

*“(…).*

*“El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.*

*“El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad absoluta –propia del positivismo jurídico- sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales.*

*“Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto.*

*“El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió”[[13]](#footnote-13).*

Siguiendo esa dirección, la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la actividad contractual.

**7) Algunas precisiones sobre la prórroga y la renovación del contrato**

Teniendo en consideración que en el presente asunto tanto las partes como la primera instancia hicieron alusión indistintamente a la renovación y a la prórroga del contrato sin detenerse en las diferencias entre estas dos figuras, la Sala considera necesario efectuar algunas precisiones al respecto.

La prórroga de un contrato supone la continuación del acuerdo de voluntades existente; dicho en otras palabras, comporta la prolongación del mismo vínculo negocial, lo que necesariamente supone la existencia de un negocio jurídico con base en el cual se opta por continuarlo o por finalizarlo, por el vencimiento del plazo de ejecución.

Ahora, cuando la prolongación de ese vínculo negocial se somete a la verificación de unos requisitos en punto al cabal cumplimiento del contrato, como ocurrió en este caso, según se explicará más adelante en detalle, la constatación de aquellos no entraña la existencia de un nuevo procedimiento de selección para la escogencia del contratista, en aras de suscribir el contrato correspondiente.

Ocurre que la posibilidad de prorrogar la relación preexistente se encuentra sometida al acuerdo de las partes y procede siempre que la evaluación de los resultados sobre la ejecución a punto de vencerse sea satisfactoria, evaluación que en todo caso se realizaría en el marco temporal y material del negocio jurídico existente y no en relación con un nuevo procedimiento de escogencia al que podrían acudir varios oferentes que no hubieran sostenido previamente una relación contractual con la entidad.

En ese sentido, la posibilidad de extender el vínculo se encuentra directamente ligada a la actividad negocial que aún está vigente y la extensión de su plazo depende de que su objeto se hubiere cumplido satisfactoriamente, dado que, de lo contrario, la mencionada prórroga no habrá de materializarse y, por contera, la vida jurídica del negocio en ejecución finalizará al vencimiento del término pactado.

De otro lado, la renovación del contrato comporta el nacimiento de otro vínculo obligacional, en cuanto trae consigo la celebración de un nuevo contrato, aun cuando participa de características similares a las del anterior.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Subsección ha considerado que la renovación equivale a re-hacer, volver a hacer, o a celebrar el contrato, cuestión que puede tener lugar cuando mediante el acuerdo de voluntades y ante el vencimiento de un contrato similar pre-existente, en ejercicio de su libertad negocial, las partes convienen un nuevo vínculo en relación con el cual puede mantenerse vigente la regulación básica o genérica del contrato inicial.

Precisado el escenario conceptual que antecede, la Sala considera que la intención recogida en las cláusulas que más adelante se analizarán, más allá de propender por la renovación de un negocio jurídico, propiamente entendida dicha figura como la creación de un nuevo vínculo contractual con características similares al vencido, fue la de plantear la posibilidad de una verdadera ampliación del término inicialmente estipulado, pues era en ese componente en lo único en que variaría el consenso primigenio, quedando incólume el resto de los elementos esenciales del acuerdo.

**8) Análisis de la apelación.**

Los cargos de la apelación se centraron en:

i) Cuestionar la decisión del Tribunal por cuanto, según su sentir, fue sesgada, al haber advertido que el demandante había incumplido la relación negocial, sin haber hecho uso de su facultad oficiosa de decretar pruebas dirigidas a establecer la realidad de lo acontecido, esto es, que el verdaderamente incumplido fue el hospital demandado respecto de sus obligaciones de pago, al punto de que esa circunstancia ocasionó las dificultades que debió afrontar el demandante para honrar sus compromisos contractuales.

ii) Reprochar el análisis probatorio de los elementos que reposaban en el expediente, dado que no se apreciaron en debida forma las pruebas obrantes en el plenario, con las cuales se evidenciaba que fue el Hospital demandado el que incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

ii) Alegar que la terminación el Contrato No. 001 de 2007 se produjo en abierta trasgresión del debido proceso del contratista, por cuanto no se le brindó la oportunidad de ejercer su defensa frente a los cargos de incumplimiento que se le enrostraban, omisión con la cual se desconoció lo previsto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, además de no haber consultado los supuestos que esas normas consagraban para su procedencia y de oponerse con su conducta a la buena fe contractual que se le exigía.

iv) Aducir que la falta de prórroga del contrato No. 001 trajo consigo la ruptura del equilibrio económico, por cuanto se impidió que el contratista cumpliera las proyecciones esperadas durante todo el plazo pactado.

En ese orden serán resueltos:

i) De la facultad oficiosa de decretar pruebas

En orden a resolver el primer punto de inconformidad, la Sala estima necesario acudir al tenor literal del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, disposición legal que regula la facultad oficiosa del juez para el decreto de pruebas, en materia de lo contencioso administrativo, texto que reza:

*“****Artículo 169 del C.C.A. Pruebas de Oficio.*** *En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.*

*“Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso”.*

De la simple lectura del texto se deriva que el decreto oficioso de pruebas por parte del juez es una facultad de carácter excepcional que se encamina al “*esclarecimiento de la verdad*”, cuya práctica se reserva a las etapas previstas en la ley o bien para “*aclarar puntos dudosos u oscuros*” cuando el juez se dispone a dictar sentencia, potestad que en ningún caso puede entenderse como una atribución destinada a suplir la inactividad probatoria de las partes a quienes incumbe acreditar los hechos que alegan.

La Sección Tercera se ha pronunciado en punto a la facultad oficiosa del decreto de pruebas, como pasa a citarse[[14]](#footnote-14):

*“Finalmente, en cuanto a la solicitud de la actora para que se decretaran las pruebas de oficio, señala la Sala que la facultad consagrada en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, que le permite al juez de manera oficiosa decretar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no comporta la sustitución por el juez de la carga que le corresponde a la parte demandante de probar las afirmaciones que efectúa en la demanda.*

*“Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.*

*“En el sub exámine, la actora debía acreditar el perjuicio material alegado y no lo hizo, luego incumplió la carga probatoria que le correspondía, lo cual acarrea la desestimación de esta pretensión.”*

Es pertinente puntualizar que el poder oficioso del juez debe ejercerse con especial cuidado y rigor, en consideración a que el exceso del mismo o su uso injustificado generaría un desequilibrio de la relación procesal que terminaría por desplazar o sustituir la carga probatoria que le asiste a quien tiene interés en demostrar su dicho, cuestión que iría en detrimento de la parte contra quien se aduce.

Este argumento se vigoriza gracias a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no se estructura sobre la base de un sistema inquisitivo que viabilice la consecución oficiosa de las pruebas; en ese sentido, la pertinencia de acudir a su práctica oficiosa debe estar sustentada en razones de hecho y de derecho que guarden los principios de imparcialidad y transparencia que deben orientar toda función judicial.

Aplicado lo anterior al caso concreto, se impone agregar que, dentro del trámite de la primera instancia, la parte actora no ejerció en debida forma la carga probatoria que le asistía, en el sentido de acreditar los hechos que alegaba como fundamento de sus pretensiones, pues se limitó a solicitar que se le otorgara valor a los documentos que se anexaban, a los cuales se referirá la Sala en el siguiente acápite, sin solicitar pruebas adicionales tendientes a demostrar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, carga que de manera alguna podía ser trasladada al juez, con apoyo en la supuesta omisión en que incurrió al desatender la práctica oficiosa de pruebas.

Adicionalmente, se observa que a la hora de sustentar el recurso de apelación que se resuelve, la parte actora allegó documentos adicionales que pidió tener como pruebas en la segunda instancia.

Con todo, el valor de dichos documentos ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Despacho de la Magistrada conductora del proceso, cuando, al proferir el auto del 12 de abril de 2016, se negó la solicitud probatoria elevada por la parte actora, por no encuadrarse en alguno de los supuestos del artículo 214 del C.C.A.

Así las cosas, en razón a que no convergen circunstancias nuevas que ameriten reconsiderar tal posición, la Sala se estará a lo dispuesto en el proveído del 12 de abril de 2016 y por ello se abstendrá de otorgarle mérito probatorio alguno a los documentos aportados por la parte actora junto con el recurso de apelación[[15]](#footnote-15).

ii) Del incumplimiento de la E.S.E contratante

De una lectura integrada tanto de la demanda como del recurso de apelación, la Sala advierte que el cargo de incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios 001 se centró en que la entidad desatendió la obligación de pagar los servicios contratados e incumplió la obligación de prorrogarlo por la vigencia fiscal de 2008, en los términos de la cláusula cuarta.

Para desatar el cargo de la apelación, la Sala analizará los hechos que sobre la relación contractual alrededor de la cual gira la controversia se hallan demostrados. Con ese propósito, se consultarán los antecedentes que rodearon su celebración, en tanto, como se observará, de allí se desprenden elementos que permiten establecer el origen y el alcance de las obligaciones contractuales contraídas por los extremos negociantes.

En junio de 2006, la E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barranquilla abrió la Convocatoria Pública No. 003 de 2006 para celebrar un contrato de prestación de servicios para la admisión, facturación, cobro de copagos, cuotas moderadas y cuotas de recuperación y auditoría de facturación en las unidades de alta complejidad y neurociencias de la E.S.E. CARI alta complejidad[[16]](#footnote-16).

Como resultado de ese procedimiento de selección, el 4 de octubre de 2006, la E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barranquilla y la sociedad Telcom S.A. E.S.P. celebraron el Contrato de Prestación de Servicios No. 168, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios de admisión, facturación, cobro de cuotas de recuperación, recaudo de pago por servicios prestados, para cuyo cumplimiento debía aportar el hardware, las fotocopiadoras, la papelería y demás elementos que permitieran entregar un producto final idóneo, para cubrir cada uno de los puntos determinados en la propuesta y para manejar el sistema de facturación dinámica comercial, además de la implementación de los respectivos procesos de facturación de los servicios de salud que prestara a sus usuarios el Hospital Universitario CARI E.S.E.

En la cláusula cuarta se acordó el plazo del contrato en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

*“el presente contrato se celebra por un año fiscal sin que la suma de estos en tiempo supere los tres años. Para el presente año, el contrato a celebrar será a 31 de diciembre del 2006, vencido el período fiscal del 2007, previo registro presupuestal y siempre y cuando exista concepto favorable de la interventoría que la gerencia designe, el contrato será renovado por el período fiscal del 2007, previo registro presupuestal correspondiente, y así sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2008. Para emitir concepto favorable la interventoría tendrá en cuenta los siguientes elementos de juicio: a) desempeño y cumplimiento de las funciones encomendadas; b) desempeño en el porcentaje de la facturación radicada libre de glosas sea superior al 85% en el período evaluado; c) gestión adecuada de respuesta de glosas sin que estas superen el 5%”.*

Respecto del valor, las partes lo fijaron en la suma de $150’000.000.oo, con IVA incluido.

El primero de enero de 2007, la E.S.E. Hospital Universitario CARI de Barranquilla y la sociedad Telcom S.A. celebraron el Contrato de Prestación de Servicios No. 001 de 2007[[17]](#footnote-17), cuyo objeto fue idéntico al concertado en el Contrato No. 168 antes referido. Se fundamentó su suscripción en los términos que se trascriben a continuación de forma literal:

“*A) Que mediante contrato de prestación de servicios No. 168 de 2006, el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E. contrato con la sociedad TELCOM S.A., la ejecución por parte de esta última de las actividades relacionadas con la facturación del Hospital.*

*“B) Que dentro de la cláusula cuarta de la estipulación reseñada se pactó que el contrato se celebraría por año fiscal sin que la suma de estas superara los tres (3) años, requiriéndose una vez vencido dicho período fiscal para su renovación concepto favorable de la interventoría que la Gerencia designara y el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal;*

*“C) Que dentro del informe global del gestión realizado por los interventores del contrato a la firma TELCOM S.A. recomendaron la continuidad del servicio prestado por dicha sociedad por la realización satisfactoria del objeto contrato durante el período 2006.*

*“(…).*

*“G) Que se hace necesario entonces suscribir el presente contrato para efectos de cumplir plenamente con el término de duración señalado en el contrato primitivo firmado por las partes”*.

De conformidad con la cláusula cuarta de ese contrato se convino que (se transcribe de forma literal):

“*El presente contrato se entiende pactado de acuerdo con los términos de referencia y la oferta presentada por el contratista lo cual quedó pactado en la cláusula cuarta del Contrato No. 168 de 2006, por el término del presente año fiscal, es decir, el presente contrato tendrá un plazo de ejecución desde el primero (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 2007, vencido el período fiscal y siempre y cuando exista concepto favorable, la interventoría tendrá en cuenta los siguientes elementos de juicio: a) Desempeño y cumplimiento de las funciones encomendadas; b) desempeño en el porcentaje de la facturación libre de glosas sea superior al ochenta y cinco (85%) en el período evaluado; c) gestión adecuada de respuesta de glosas definitivas sin que estas superen el cinco por ciento (5%)*”.

El valor de ese contractual se pactó en la suma de $600’000.000.

Al vencimiento del término del Contrato No. 001 de 2007, el 1 de enero de 2008, el gerente de la E.S.E Hospital Universitario CARI comunicó a la sociedad Telcom S.A. .E.S.P., lo siguiente (se transcribe de forma literal)[[18]](#footnote-18):

“…*de conformidad con las estipulaciones pactadas contractualmente en el contrato de la referencia y en especial lo dispuesto en la cláusula cuarta del mismo y relacionado con la renovación del contrato, al igual que lo dispuesto en los términos de referencia (numeral 1.2. y 7. del Capítulo i), el interventor del contrato emitió concepto relacionado con la ejecución del contrato por parte del contratista y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidad pactadas a su cargo.*

*“Para lo anterior, y de conformidad con dicho informe se aprecia que el interventor se acogió a los elementos de juicio que para tal fin se definió de manera expresa en los términos de referencia y el contrato mismo, concluyéndose que el contratista no ha cumplido de manera satisfactoria con las obligaciones y responsabilidades a su cargo; informe avalado en todos sus apartes por los directivos de nuestra institución.*

*“Razón por la cual y basado en el informe desfavorable del interventor nos permitimos que el hospital CARI E.S.E ha decidido no renovar el contrato No. 001 de 2007 para el período del año fiscal del 2008; razón por la cual y para efectos de no ocasionar traumatismo en las actividades de nuestra empresa, solicitamos disponer lo necesario para que el personal que asumirá a partir de la fecha de las funciones de facturación del hospital cuenten con la colaboración necesaria para efectos del proceso de empalme*”.

Del recuento probatorio que antecede se desprende que el Contrato No. 001, cuya declaratoria de incumplimiento se pretende, fue el resultado de la dinámica propuesta en la Convocatoria Pública No. 003 de 2006, abierta por la E.S.E Hospital Universitario CARI de Barranquilla, con el fin de contratar la prestación de servicios administrativos de facturación y en virtud de la cual se celebró un contrato inicial, en este caso el identificado con el número 168 de 2006, que sería prorrogado de manera paulatina al terminar cada vigencia fiscal por períodos de un año, que no podían superar el 31 de diciembre de 2008, siempre que se obtuviera concepto favorable de la interventoría en torno a su cabal cumplimiento.

Al terminar el plazo del Contrato No. 168 y, tras obtener el concepto favorable de la interventoría, se celebró el Contrato No. 001 de 2007, cuyo propósito fue continuar con la ejecución del objeto condensado en el contrato primigenio -No. 168- por espacio de un año y cuya posibilidad de prórroga se sujetó a los mismos parámetros insertados en los términos de referencia que rigieron la Convocatoria No. 003 de 2006 e incorporados en el Contrato No. 168, suscrito como producto de la misma.

Para ese efecto, en el texto del Contrato No. 001 se reprodujeron idénticas cláusulas referentes al objeto, a las obligaciones contractuales de ambas partes y a la posibilidad de prorrogar el negocio jurídico al vencimiento de su plazo, siempre que se presentaran las condiciones para que así se procediera, relativas a la constatación del cabal cumplimiento de su objeto.

La única variación sustancial respecto del contrato original fue el plazo y el precio, en atención a que el primero de ellos se celebró por un término de tres meses y por valor de $150’000.000, mientras que en el segundo se acordó que su ejecución se llevaría a cabo por un año y su precio se convino en la suma de $600’000.000.

Puesto como está el escenario que antecedió a la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 001, del que se evidencia que la finalidad de su suscripción fue darle continuidad a la misma relación contractual que surgió como producto de la Convocatoria No. 003, previa evaluación de resultados frente a su ejecución y no a un nuevo vínculo negocial, procede la Sala a pronunciarse en relación con los cargos de incumplimiento.

Frente a la obligación de pago de los servicios contratados, se tiene que:

Según se estipuló en la cláusula quinta, el valor del Contrato No. 001 ascendió a $600’000.000 y su forma de pago atendió a la siguiente metodología:

“*El Hospital pagará al contratista los valores causados mediante orden de pago contra la presentación de la factura de cobro mensual con sus respectivos soportes y con el visto bueno de la supervisión dentro de los treinta días hábiles siguientes*”.

Emerge con claridad que la obligación de pago surgía previa presentación de la factura acompañada de los soportes que evidenciaran la cabal prestación de los servicios contratados y el respectivo visto bueno de la supervisión.

Ante el panorama que antecede, conviene poner de relieve que el incumplimiento del contrato se presenta cuando uno de los extremos del negocio jurídico incurre en inobservancia o en acatamiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración.

Su ocurrencia faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados.

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se pretende el pago de prestaciones ejecutadas que se adeudan en el marco del cumplimiento del contrato, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte:

*“En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles”*[[19]](#footnote-19)*.*

Siguiendo la misma línea, esta Corporación ha considerado

*“… cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato[[20]](#footnote-20), o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983*” [[21]](#footnote-21)(subrayado fuera de texto)

El artículo 1757 del Código Civil dispone que “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.*

Regresando al análisis del caso concreto, la Sala advierte que el contratista no satisfizo en debida forma la carga de demostrar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ese extremo y con ello el supuesto para que procediera la remuneración acordada. Contrario sensu, las pruebas que militan en el plenario revelan que su gestión fue insatisfactoria.

Al respecto, se tiene que mediante oficio del 23 de mayo de 2007 la firma interventora del Contrato No. 001 solicitó a la contratista Telcom S.A. que presentara un informe de gestión correspondiente a las actividades realizadas desde enero a abril de 2007, junto con la facturación detallada de los períodos por regímenes, valores de las glosas recibidas, respuestas a las mismas y la explicación acerca de si resultaban imputables a Telcom S.A. o a la E.S.E y la fecha de radicación de las facturas enviadas a cobro[[22]](#footnote-22). Sin embargo, no obra prueba en el proceso de que el contratista hubiera cumplido lo solicitado.

Luego, en oficio del 19 de julio de 2007, la interventoría expresó al gerente del Telcom S.A. E.S.P. su inconformidad frente a la ejecución del Contrato No. 001 de 2007.

En esa oportunidad, se pusieron de presente los siguientes aspectos negativos: la lenta respuesta a las glosas, debido a la falta de personal destinado a esa labor; el desorden de las facturas halladas en el puesto de trabajo del facturador de consulta prioritaria; la existencia de una investigación por el cobro fraudulento de copagos, cuotas de recuperación y falsificación de recibos por parte de algunos cajeros facturadores, entre otras falencias[[23]](#footnote-23). Frente a lo anterior, no hubo respuesta por parte de la sociedad contratista.

A través de comunicación del 8 de agosto de 2007, la firma interventora del Contrato No. 001 remitió a la sociedad Telcom S.A. un listado con 6.410 ingresos abiertos que se hallaban sin asentar, para que los mismos fueran facturados en un plazo no mayor a una semana y fueran enviados a la oficina de cartera de la institución para la respectiva radicación[[24]](#footnote-24). Tampoco en esa ocasión el contratista se pronunció.

La semana siguiente, el 13 de agosto de 2007, el interventor informó al contratista que los compromisos contraídos por esa firma en reunión anterior no habían sido honrados, por lo que la instaba para que procediera a su cumplimiento. Reiteró que los compromisos adquiridos aludían a[[25]](#footnote-25):

* Realizar el Cierre total de los ingresos abiertos (610) con fecha del primero de enero al 31 de julio de 2007.
* Advertir los motivos que impedían el cierre de los ingresos y los soportes necesarios para la facturación.
* Efectuar un informe detallado y cuantificado de las facturas que se encontraban cerradas y estaban pendientes por soportar ante el Comité Técnico Científico, para proceder a elaborar un plan de contingencia que permitiera evaluar el tema.
* Hacer un informe sobre las respuestas de glosas y objeciones de las distintas entidades con las que tuviera convenio.
* Informar acerca de las medidas adoptadas y acciones ejecutadas en la sede de salud mental y rehabilitación respecto de los recibos de caja falsos.

En escrito del 14 de agosto de 2007, el contratista dio respuesta al interior requerimiento, presentó explicaciones frente a las facturas no cerradas, a las facturas cerradas y no enviadas para su cobro y agregó que posteriormente presentaría un informe frente a las razones que retrasaban su envío a cobro y frente a las glosas y sus respectivas respuestas y a la problemática en la sede de salud mental[[26]](#footnote-26).

En oficio del 23 de agosto de 2007, la interventoría requirió al contratista para que explicara los motivos por los cuales no había sido radicada ninguna de las facturas de los servicios prestados a los pacientes de accidentes de tránsito[[27]](#footnote-27), sin obtener respuesta por parte de Telcom S.A. E.S.P.

A la semana siguiente, la interventora del Contrato No. 001 solicitó al contratista que remitiera con carácter urgente una relación detallada de las facturas cerradas que no habían sido envidas para su cobro, las explicaciones pertinentes acerca de la falta de envío, así como las soluciones sugeridas y la relación de ingresos abiertos sin factura entre enero y agosto de 2007[[28]](#footnote-28).

En escrito del 25 de octubre de 2007, el interventor del Contrato No.001 manifestó a la sociedad Telcom S.A. E.S.P. que, después de revisar el informe de gestión de facturación, en cotejo con el documento radicado el 22 de octubre del mismo año, se evidenció una gran diferencia entre la información presentada mes a mes y la plasmada en el informe consolidado, que mostraba una disminución por valor de 1.464 millones respecto de los presentados con anterioridad[[29]](#footnote-29).

A finales de ese mes, la interventoría expresó al contratista que a esa fecha no se habían cumplido los compromisos adquiridos por la sociedad Telcom S.A. E.S.P. en reunión sostenida el 31 de octubre de esa anualidad y que hacían parte de la evaluación mensual del Contrato No. 001 de 2007, razón por la cual le reiteraba que procediera a acatarlos. Las aludidas obligaciones desatendidas por el contratista consistían en[[30]](#footnote-30):

1. Presentar las hojas de vida del personal que laboraba para la sociedad Telcom S.A. E.S.P.;
2. allegar un informe de respuesta a las glosas elevadas entre los meses de junio, julio y agosto de 2007;
3. realizar un plan de contingencia para los casos en que el software DGH no pudiera ser utilizado; efectuar la conciliación entre la cartera, la contabilidad y la facturación;
4. consolidar mes a mes las glosas recibidas, aceptadas y recuperadas por la entidad; y, iv) totalizar los ingresos abiertos sin facturar y explicar las causas de su falta de cierre.

Como en la inmensa mayoría de los eventos anteriores, no hubo respuesta.

El recorrido probatorio es concluyente al revelar el constante desacato en el que incurrió el contratista frente al cumplimento de sus obligaciones contractuales, pues no solo no atendió los requerimientos que sobre el particular permanentemente elevaba la interventoría, sino que en la única ocasión en que así procedió lo hizo de manera incompleta e insatisfactoria.

Es importante poner de presente que esta conclusión respecto del incumplimiento del contratista no se altera por el contenido de la prueba pericial obrante en el plenario, pues su práctica, llevada a cabo a petición de la parte actora, se dirigió a acreditar los perjuicios sufridos por la sociedad contratista con ocasión de la no prolongación del vínculo negocial y se basó en la estimación y proyección de lo esperado, de lo cual nada se extrae acerca de la cabal ejecución del objeto contractual por parte de la sociedad Telcom S.A. E.S.P.

Como consecuencia, al no haber demostrado el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la demandante, la pretensión de incumplimiento que se atribuye a la entidad demandada por la falta de pago de la remuneración pactada no cuenta con vocación de prosperidad.

Frente a la “*obligación*” de prorrogar el Contrato No. 001, se observa:

De manera reiterada sostuvo el censor que el hospital demandado incumplió el acuerdo de voluntades logrado en punto a la prórroga del Contrato No. 001, arreglo que quedó insertado en la cláusula cuarta del negocio jurídico y que al constituir ley para las partes era de inesquivable observancia.

En relación con este aspecto, *prima facie,* conviene recordar que en la cláusula cuarta insertada tanto en el Contrato No. 168 de 2006, como en el Contrato No. 001 de 2007, las partes, al pactar la duración del vínculo contractual, previeron la posibilidad de prorrogarlo en dos oportunidades por dos vigencias fiscales, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2008.

La prórroga del contrato se supeditó, según el mismo acuerdo de voluntades contenido en la cláusula en mención, a que al vencimiento del plazo convenido se obtuviera concepto favorable por parte de la interventoría frente a la satisfacción del objeto contratado. Con ese fin, la interventoría tendría en cuenta el desempeño y cumplimiento de las funciones encomendadas y, además, verificaría que el porcentaje de la facturación libre de glosas fuera superior al ochenta y cinco (85%) en el período evaluado y una gestión adecuada de respuesta de glosas definitivas, sin que estas superaran el cinco por ciento (5%).

Esa previsión, incorporada de manera inicial en el Contrato No. 168 de 2006 fue precisamente la que dio lugar a que el mismo fuera prorrogado a través del Contrato No. 001 de 2007, luego de que se obtuviera el concepto favorable de la interventoría, como se desprende de la motivación que llevó a la celebración de este último, en la cual se consignó que “*dentro del informe global de gestión realizado por los interventores del contrato a la firma TELCOM S.A., recomendaron la continuidad del servicio prestado por dicha sociedad por la realización del objeto del contrato durante el período 2006*”.

En efecto, en desarrollo de esa cláusula, el 1 de enero de 2007, las mismas partes suscribieron el Contrato No. 001, por el cual se prorrogó el Contrato No. 168 por el término de un año, acuerdo que estuvo precedido de una evaluación de resultados sobre su gestión, que dio paso a su viabilidad.

Posteriormente, de acuerdo con lo prescrito por la cláusula cuarta en comento, al vencimiento del plazo del Contrato No. 001, el 31 de diciembre de 2007 y en aras de definir la continuación del vínculo negocial en la siguiente vigencia, la firma interventora rindió el concepto que se trascribe de forma literal[[31]](#footnote-31):

*“Haciendo seguimiento a la evaluación realizada el día 11 de diciembre de 2007, esta continua igual, por lo que se mantiene el mismo nivel de cumplimiento:*

*“(…).*

*“III. CONCLUSIONES*

*1.- TÉCNICAS:*

*“teniendo en cuenta el tiempo de avance del periodo contractual el contratista presenta un cumplimiento general del contrato del 38%, no mostrando mejora alguna frente a los compromisos adquiridos con el grupo directivo del Hospital Universitario CARI E.S.E.*

*“Se insiste en los requerimientos sin respuesta: no ha sido a la fecha posible verificar las competencias requeridas en el recurso humano contratado por parte del contratista y especificado en los términos de referencia debido al incumplimiento en el envío de las hojas de vida con sus respectivos soportes, por parte del mismo. Por testimonios del personal se evidencia incumplimiento en la cancelación de los aportes de salud y pensión.*

*“El contratista no cuenta con un coordinador de tiempo completo en campo, con capacidad resolutiva. No cumplió con los compromisos adquiridos en reunión con la gerencia el día 17 de septiembre de 2007.*

*“No se evidencia pertinencia técnica en las actividades desarrolladas por el contratista. Su cumplimento se centra básicamente en la disponibilidad de puntos de facturación.*

*“2.- ADMINISTRATIVAS Y FINANCIERAS*

*“El desempeño en cuanto a facturación radicada es del 79%, no alcanzando el mínimo contractual estipulado en el 85%.*

*“a 31 de diciembre de 2007, el contratista tiene 1.735 en ingresos pendientes por facturar y/o definir que representan alrededor de $4.936 millones de pesos.*

*“El promedio de días para radicación de cuentas excede los veinte (20) días, lo que ha ocasionado molestias en los administradores de planes de beneficio para tramitar el pago y nos ha expuesto al detrimento del flujo de caja.*

*“Teniendo en cuenta informe entregado por la tesorería de la institución, el Hospital Universitario CARI ESE adeuda a TELCOM S.A., por concepto de valor básico mensual lo correspondiente al mes de diciembre de 2007.*

*“Con respecto a los excedentes, la razón principal por la que estos no se han cancelado consiste en la demora por parte de TELCOM S.A. en la gestión de levantamiento de glosas y radicación de facturas.*

*“A manera de ejemplo, con nuestro mayor cliente la Secretaría de Salud Departamental, TELCOM S.A. demoro en promedio más de 60 días en contestar el levantamiento de glosas, no pudiendo acceder oportunamente a estos que a la fecha ascienden a $235 millones (valores que aún no han sido cancelados por la SS Dptal.) cifra esta que puede considerarse como fuente de pago de los compromisos con nuestros proveedores y particularmente a TELCOM S.A. en lo que se refiere a los excedentes anteriormente mencionados.*

*“(…).*

*“Del levantamiento de glosas a la Secretaría de Salud Departamental de los meses de octubre y noviembre de 2007, por valor de $192’513.248 y recibidas en el HU CARI ESE el 4 y 19 de diciembre de 2007, respectivamente, se está a la espera de la contestación por parte de TELCOM S.A.*

*“Por lo anterior y teniendo en cuenta el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, esta interventoría pone a consideración el grupo directivo de la institución el de no continuar con el operador de la facturación”.*

Para la Sala surge con nitidez que la posibilidad de prolongar el vínculo negocial durante la siguiente vigencia fiscal se supeditó a que el contratista mantuviera unos porcentajes prestablecidos como factores de medición de su gestión, condición que fue producto del consenso libre y voluntario de ambos extremos co-contratantes y cuya constatación en términos de rendimiento y eficiencia se reservó al concepto que sobre ese asunto rindiera la interventoría al finalizar el plazo pactado, informe que en todo caso debía recoger lo ocurrido a lo largo del período de ejecución contractual.

Al respecto, se observa que, según el informe de interventoría acabado de relacionar, la sociedad Telcom S.A. E.S.P. no cumplió las metas acordadas por ambas partes como presupuesto para posibilitar la prolongación del vínculo jurídico por la vigencia 2008.

Por el contrario, su rendimiento solo reflejó el 38% de ejecución contractual, sin alcanzar los topes fijados para la facturación radicada libre de glosas y para las respuestas a aquéllas.

Cabe agregarse que tales conclusiones no fueron sorpresivas para el contratista, no solo por el hecho de que, tal cual se extrae del contenido del documento transcrito, esas circunstancias fueron las mismas que reflejó el informe de evaluación rendido por la interventoría, tres semanas antes, esto es, el 11 de diciembre de ese año, sino que, además, la correspondencia analizada en el acápite anterior puso en evidencia los constantes requerimientos elevados a Telcom S.A E.S.P. para que se allanara al cumplimento de sus obligaciones, la gran mayoría de los cuales fueron desatendidos.

Esto último, lejos de desvirtuar las conclusiones del informe, lo dotan de sustento.

Así pues, al acreditarse que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por virtud de la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 001 no fue satisfactorio, con sustento en ello se colige que no se reunieron las exigencias convenidas por las mismas partes para extender la relación negocial durante la siguiente vigencia fiscal o, lo que es lo mismo, para materializar la expectativa de continuar en el futuro con su ejecución.

En ese sentido, la Sala puntualiza que era al demandante a quien, de conformidad con lo consagrado en el artículo 177[[32]](#footnote-32) del Código de Procedimiento Civil, le asistía la carga de demostrar que la expectativa atinente a la continuidad del acuerdo se hallaba fundada en serias probabilidades de que así se procediera, posibilidad de concreción que al no provenir de una prórroga automática[[33]](#footnote-33), porque no fue en esos términos en que quedó insertado su pacto, debía, necesariamente, ser materia de comprobación.

Para ese propósito, en atención a que la posibilidad de continuar con la relación contractual se hallaba sujeta al cumplimiento de unos requisitos alusivos a la ejecución satisfactoria del contrato, resultaba necesario probar que el contratista había desarrollado las actividades sobre las cuales recayó su objeto, con apego a dichas exigencias, actividad probatoria que no fue debidamente desplegada por el apelante.

Se reitera que el censor no desvirtuó los resultados insatisfactorios que arrojó el informe de la interventoría, con el fin de determinar la procedencia de prorrogar el acuerdo por el período correspondiente a la vigencia 2008.

Así las cosas, contrario a lo argumentado por el recurrente, la Sala no halla mérito alguno para concluir que la entidad demandada debió proceder a la prórroga final del negocio jurídico.

Por lo anterior, el cargo de apelación no prospera.

iii) De la violación del debido proceso, de la buena fe contractual por inobservar las normas del Estatuto de Contratación Estatal que orientan la terminación del contrato y la declaratoria de incumplimiento

Para el apelante, la terminación el Contrato No. 001 de 2007 se produjo en abierta trasgresión del debido proceso del contratista, en tanto considera que no se le brindó la oportunidad de ejercer su defensa frente a los cargos de incumplimiento que se le imputaban.

Según el apelante con esa omisión se desconoció lo previsto en la Ley 80 de 1993, en relación con el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, y en la Ley 1150 de 2007, en cuanto hace a las decisiones de carácter sancionatorio, además de no haber consultado los supuestos que esas normas consagraban para su procedencia y de oponerse con su conducta a la buena fe contractual que se le exigía.

Para desatar este cargo de la alzada, resulta menester recordar, en primer lugar, que el negocio jurídico que ocupa la atención de esta Sala no se sujetó al régimen jurídico del Estatuto de Contratación Estatal, en razón a que la actividad contractual de las empresas sociales del Estado, por disposición de la Ley 100 de 1993, se encuentra gobernada por las normas del derecho privado, aunque al tiempo ese mismo compendio normativo consagró que podrían discrecionalmente *“utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública*”.

Con apoyo en esta previsión, en la cláusula vigésima segunda del contrato No. 001 de 2007 se acordó que “*en el presente contrato quedan pactadas las cláusulas excepcionales determinadas en el Ley 80 de 1997 como son INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO*”.

Sin embargo, la Sala observa que en la comunicación del 1 de enero de 2008, el gerente de la E.S.E Hospital Universitario CARI comunicó a la sociedad Telcom S.A. E.S.P. su intención de no prorrogar el contrato para la siguiente vigencia fiscal, por no haber obtenido resultados satisfactorios durante su ejecución, en manera alguna comportó el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato regulada por el artículo 17[[34]](#footnote-34) de la Ley 80 de 1993; tampoco entrañó el despliegue del poder sancionatorio consagrado en el artículo 17[[35]](#footnote-35) de la Ley 1150 de 2007, como lo aseveró el recurrente en la apelación.

La Sala considera que la comunicación[[36]](#footnote-36) en comento obedeció al pacto que la mismas partes introdujeron en el acuerdo negocial frente a la posibilidad de que, al vencimiento del plazo pactado, no se continuara con la relación contractual para la próxima vigencia en el evento de que se obtuviera un resultado insatisfactorio en relación con el cumplimiento de las obligaciones, opción que en realidad no cristalizaba el ejercicio del poder de imperio de la Administración contratante que lo situara en un plano de desigualdad respecto del contratista particular y que lo revistiera del carácter de excepcional en relación con las facultades de que gozan los particulares en su actividad negocial.

Tan factible era optar por la alternativa de no continuar con el vínculo negocial, en caso de que las partes no estuvieran conformes con su ejecución, que fue el mismo contratista el que, en fecha anterior incluso a aquella en que la demandada remitiera la cuestionada comunicación, presentó ante el hospital un escrito en el que de forma libre manifestó su voluntad de no seguir con la ejecución del negocio jurídico en la siguiente vigencia fiscal. Así se desprende del contenido del oficio del 31 de diciembre de 2007, rotulado bajo la referencia “*No prórroga del contrato de prestación de servicios No. 001 de 2007*”, por el cual la sociedad Telcom S.A. manifestó al Hospital lo siguiente (se trascribe de forma literal)[[37]](#footnote-37):

*“…por medio del presente documento me permito manifestarle a usted la decisión de esta empresa de prestar los servicios previstos en las cláusulas 1, 2, 3 y 4 del contrato 001 de 2007 hasta las 24:00 horas (GTM) del día 31 de diciembre de 2007, lo anterior debido al vencimiento del contrato de la referencia en dicha fecha.*

*“El personal operativo mínimo y necesario para garantizar procesos tales como la salida de pacientes, la comprobación de derechos y el registro y admisión estarán laborando hasta el día 2 de enero de 2008 a las 18:00 horas (GMT).*

*“Por otra parte y ante el incumplimiento reiterado de los pagos correspondientes a las remuneraciones reiterado de los pagos correspondientes a las remuneraciones pactadas en la cláusula quinta, no está demás manifestarle que en caso de ser comunicada a nuestra empresa de la prorroga prevista en la cláusula cuarta del término del presente contrato, esta se sujetará a la suscripción previa de un compromiso formal de pago de los dineros adeudados y que ascienden a más de $300 millones de pesos, toda vez que solo de esta forma nuestra empresa podría conseguir los recursos necesarios para garantizar la operación en el año 2008, lo anterior debido a que por la forma como fue estructurado el modelo económico de la oferta aprobada por la ESE, salvo la inversión inicial para el montaje del sistema de facturación, este prevé como fuente de financiación de la operación, el pago dentro de los términos señalados de las remuneraciones previstas en la citada cláusula quinta, que han sido desde el comienzo del mismo pagadas en forma atrasadas por distintos motivos cuya responsabilidad recae en cabeza de la E.S.E, afectando de esta forma la cabal prestación de los servicios contratados.*

*“En este sentido estaremos prestos a iniciar en el momento que usted lo estime pertinente, el proceso de liquidación del contrato previsto en el capítulo II numeral 10 o de la adjudicación y liquidación del contrato, proceso durante el cual el caso de requerirse la ejecución de actividades de personal no directivo de nuestra empresa conlleve a labores operativas continuas, el valor de estas deberán ser reconocidas e incluidas dentro de los saldos adeudados al contratistas en el respectiva acta de liquidación”.*

Del anterior texto emerge de forma inequívoca que la intención del contratista fue no continuar con la prestación de servicios de facturación contratada y dar por terminado el acuerdo por vencimiento del plazo, hecho que tuvo ocurrencia ese mismo día.

Siguiendo esa línea, la Sala encuentra inadmisible el argumento del libelista en cuanto hace a la determinación supuestamente abrupta y repentina de la entidad contratante, en tanto está demostrado que fue la misma sociedad la que, de manera previa, propició la no prórroga del acuerdo.

Aceptar el planteamiento del recurrente equivaldría a convalidar el desconocimiento de los propios actos del contratista[[38]](#footnote-38) y a que su conducta se apartara de la buena fe contractual que debe orientar la actuación de ambos extremos.

Ahora, si bien la Sala no ignora que las razones expuestas por la sociedad Telcom S.A. E.S.P. en ese escrito, para fundar su determinación de no prorrogar el convenio, obedecieron a la supuesta falta de pago de los honorarios pactados por parte del Hospital, lo cierto es que, como se anotó en párrafos precedentes, en el expediente no reposa evidencia de que se hubiera reunido el presupuesto para proceder a la remuneración de los servicios prestados, es decir, que el contratista hubiera ejecutado el objeto contractual.

Tampoco es de recibo el alegato atinente a la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de la buena fe contractual, los cuales, en criterio del accionante, le fueron conculcados, por cuanto la no prórroga del contrato le resultó sorpresiva y en momento alguno se le brindó la oportunidad para controvertir los supuestos constitutivos de incumplimiento que se le enrostraban y que le sirvieron de soporte a aquella.

Sobre este aspecto, es pertinente aclarar que, no obstante que el marco en que se produjeron los hechos examinados correspondió a un contrato que no se rigió por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, no por ello la observancia de estos principios resulta excusable, en atención a que en las relaciones contractuales gobernadas por el derecho privado igualmente se impone su observancia.

Sin embargo, en el *sub examine*, la ausencia de su vulneración se pone de manifiesto por las mismas razones expuestas al analizar el incumplimiento atribuido el ente público y que para la resolución de este cargo merecen hacerse extensivas.

El acopio probatorio revisado con antelación reveló que durante el plazo de ejecución contractual el contratista fue objeto de múltiples requerimientos por parte de la interventoría, dirigidos a lograr la ejecución de las actividades contratadas en la forma y porcentajes estipulados.

En esas mismas ocasiones, además de expresar cuáles eran las situaciones en las que estribaban las anormalidades advertidas en punto al debido cumplimiento de las prestaciones convenidas, en la gran mayoría de las oportunidades se le solicitó al contratista que rindiera las explicaciones del caso.

Así las cosas, no estima la Sala que el Hospital demandado hubiera obrado con “*dobleces*” o “*reservas*” frente a la realidad de la ejecución contractual; contrario sensu, su conducta permitió entrever el respeto a las reglas prestablecidas y conocidas por ambas partes desde el momento en que surgieron, sin que hubiere mediado alguna variación sorpresiva e inesperada de esos dictados.

Es indiscutible que el contratista conoció oportunamente los hechos en que se cimentó el informe de interventoría que sirvió de base para la no prórroga del contrato, tuvo la posibilidad de controvertirlos y de efectuar las explicaciones de rigor, nada de lo cual pareció incumbirle a la sociedad Telcom S.A. E.S.P., habida consideración de que la conducta pasiva y desinteresada que mostró la sociedad demandante durante el plazo contractual impide a esta Sala inferir algo distinto.

Con base en las consideraciones plasmadas, la Sala encuentra que el cargo concerniente a la violación del debido proceso y de la buena fe contractual por inobservar las normas del Estatuto de Contratación Estatal debe ser despachado desfavorablemente.

iv) De la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia de su no prórroga

El apelante esgrimió que la falta de prórroga del contrato trajo consigo la ruptura de equilibrio económico, por cuanto se impidió que el contratista cumpliera las proyecciones esperadas hasta el 31 de diciembre de 2008.

Como se aprecia, el apelante alega que el desequilibrio económico del contrato se produjo como consecuencia del incumplimiento contractual atribuible a la entidad demandada, cuestión que impone a la Sala reiterar en este oportunidad la postura pacífica y reiterada de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a las diferencias que existen en torno al desequilibrio económico del contrato y al incumplimiento de su contenido obligacional, como a sus causas y efectos.

*“Para la doctrina nacional autorizada la equivalencia económica del contrato es entendida como ‘la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público’[[39]](#footnote-39).*

*“En el campo de la contratación estatal se ha considerado que ‘es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le trasladó en cuanto a vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen.*

*“En tanto esas situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio’2[[40]](#footnote-40).*

*“Pues bien, en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.*

*“Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar -o incluso les impone el deber de- la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.*

*“(…).*

*“Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa; dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como ‘Hecho del Príncipe’, ‘Ius variandi’.*

*“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual[[41]](#footnote-41), entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual[[42]](#footnote-42).*

*“Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que ‘si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato’.*

*“(…).*

*“Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato[[43]](#footnote-43), o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983”[[44]](#footnote-44).*

En efecto, acerca de esta cuestión, la Sala advierte que no han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del equilibrio económico propende por asegurar que durante la ejecución se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

Siguiendo ese esquema de pensamiento, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos o exógenos a las extremos negociales, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión, o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, en ejercicio de la función administrativa de los cuales han sido concebidos por la doctrina

como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi”,* dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Dicho lo anterior, la Sala estima pertinente advertir que el supuesto en que apoya la ocurrencia de la fractura de la ecuación financiera del contrato no constituye una circunstancia imprevisible, extraordinaria y ajena a la voluntad de las partes con la virtualidad para impactar nocivamente la economía de su contrato.

Por el contrario, su falta de continuidad, según se explicó, obedeció al incumplimiento en que incurrió el contratista respecto de las metas fijadas por ambas partes para continuar con la relación contractual durante la siguiente vigencia fiscal, circunstancia que, de entrada, descarta la posibilidad de dar aplicación a la teoría del equilibrio económico.

Concatenado con lo expuesto, ha de tenerse en consideración para resolver este cargo que la prolongación del vínculo negocial constituía un hecho futuro e incierto, en virtud del cual no era posible derivar con certeza el provecho económico deseado.

Siguiendo ese orden, y de cara a la circunstancia de que el contrato terminó por vencimiento del plazo sin que se reunieran las condiciones para ser prorrogado, no resultaba materialmente factible conservar las condiciones y la equivalencia de las prestaciones inicialmente pactadas, en la medida en que el vínculo obligacional que les dio origen feneció, cuestión que, por contera, impedía la prolongación en la ejecución del objeto contratado y, con ello, el mantenimiento de la correspondencia prestacional cuyo restablecimiento se solicita[[45]](#footnote-45).

Con fundamento en los motivos expuestos, el cargo de la apelación es infundado.

Conclusión

Con sujeción a todo lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

**9.- Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**1.- CONFIRMAR**,por las razones expuestas,la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de Descongestión.

**2.-** Sin condena en costas por la segunda instancia.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. "***Artículo 1 de la Ley 1107 de 2006.****Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

   *“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

   *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional*" [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Artículo 194 Ley 100 de 1993. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de las controversias en las que fueran parte las Empresas Sociales del Estado:

   *“Para al caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998. En estos términos, por el simple de hecho de poseer esa naturaleza, su juez tanto para los procesos ordinarios –salvo lo previsto en la ley 1107 de 2006- como para el recurso extraordinario del cual se ahora se conoce [es decir, el de anulación de laudos arbitrales], es el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del, 18 de febrero de 2010, expediente No. 37.004, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. La demanda se presentó en marzo de 2010, año para el cual el salario mínimo legal mensual fue de $515.000. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto, la Sala pone de presente que en este caso concurre una manifestación de la entidad contratante, a través de la cual exteriorizó su voluntad de no prorrogar el Contrato No. 001 de 2007, que se encuentra condensada en el oficio del primero de enero de 2008.

   Sin embargo, la Sala no se detendrá en el contenido del mismo para el propósito del cómputo de la caducidad de la acción, toda vez que cuando dicho documento se suscribió, el contrato cuyo incumplimiento se demanda ya se hallaba terminado por el vencimiento del plazo (31 de diciembre de 2007). En esa medida, la mencionada comunicación no se considerará, toda vez que en relación con una eventual prórroga o renovación del negocio jurídico, no tuvo la virtualidad de producir efectos, dado que el término contractual ya había fenecido.

   A lo dicho se agrega que la parte actora, al reformar la demanda no incluyó dentro de sus pretensiones alguna dirigida a enjuiciar la legalidad de esa manifestación de la entidad, en tanto el núcleo esencial del litigio se encaminó exclusivamente a debatir el incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por la E.S.E. Hospital Universitario CARI por la falta de pago de los servicios prestados y por no haber prolongado el término contractual por un año más y así mismo la eventual ruptura del equilibrio económico derivada de esa circunstancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. *“Artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

   *“(…).*

   *“6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero, postura reiterada, entre otras, por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en decisión del 14 de octubre de 2015, proferida dentro del expediente número 48502, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-7)
8. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Artículo 49 de la Constitución Política. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

   *“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

   *“Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*

   *“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

   *“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.*

   *“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.*

   *“Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional definió la exequibilidad de la creación legal de las Empresas Sociales del Estado realizada en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y se pronunció, así: *“En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Constitución Política de Colombia. Artículo 209*. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

    *“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley*”.

    [↑](#footnote-ref-11)
12. “*ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos* [*209*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209) *y* [*267*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#267) *de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 8 de abril de 2014, expediente: 25.801, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, 18 de marzo de 2010, Exp.17047, CP Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 615-690 C principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls. 39-69 C1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fls. 135-150 C1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fl. 151 C1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de julio de 2009, Exp: 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 30.571, 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Fl. 390 C1. [↑](#footnote-ref-22)
23. Fl. 391-392 C2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fl. 393 C1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Fls. 294 C1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fl. 395-396 C1. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fl. 397 C1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fl. 398 C1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fl. 379 C1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fl. 400 C1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fls. 427 - 430 C1. [↑](#footnote-ref-31)
32. *“Articulo 177 C.P.C. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. En este punto se recuero que el contrato No. 001, como aquel que lo precedió, fueron gobernados por el derecho privado y, en tal mérito, eventualmente y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto podría acudirse a la figura de la prórroga automática. [↑](#footnote-ref-33)
34. “***ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.****La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

    *“1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

    *“2o. Aparte subrayado del numeral 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

    *“3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*

    *“4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

    *“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.*

    *“La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio*”. [↑](#footnote-ref-34)
35. “*ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El* debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

    “En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

    “**PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de marzo de 2005, exp. 4535, C.P. Alier E. Hernández Enríquez:

    “*Ahora bien, en lo que se refiere a la terminación unilateral del contrato mencionado, por parte del Municipio, considera esta Sala equivocados los planteamientos del Tribunal, en cuanto entiende que, mediante oficio del 3 de mayo de 1995, aquél hizo uso de la facultad exorbitante prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. Del contenido de dicho oficio sólo se deduce que la entidad contratante informa al contratista que el plazo del contrato expiró, por lo cual operó una de las causales de terminación del mismo. Por esa razón, no puede entenderse que se trató de una ‘terminación anticipada’, en los términos de la norma citada*.

    *“(…).*

    “*Por ello, cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo. En efecto, su existencia, en el ámbito indicado, resulta excepcional, y supone, como se ha dicho, el ejercicio de una potestad propio del poder públic*o". [↑](#footnote-ref-36)
37. Fl. 401-402 C1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

    *“Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, según el cual ‘podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia’.*

    *“58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Ley co Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.*

    *“(…)”.*

    *“61. Y en sentencia de 31 de agosto de 2011, indicó:*

    *‘No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.*

    *‘Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato’.*

    *“62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum propium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas*.(destaca fuera de texto). [↑](#footnote-ref-38)
39. ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, Pág. 401. [↑](#footnote-ref-39)
40. DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2003. Legis Editores. Pag. 489 [↑](#footnote-ref-40)
41. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-41)
42. Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-42)
43. Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-44)
45. Al respecto, se puede consultar la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administartivo, Seccion Tercera, Subsección A, exp. 5.285. 3 de agosto de 2017.

    “*La consecuencia de lo anotado se traduce en que resultaría alejado de la realidad que la indemnización que se hubiera de reconocer con ocasión del ejercicio de esa potestad se estructurara sobre la base hipotética de la prolongación del vínculo contractual por el plazo inicialmente pactado y en idénticas condiciones a las convenidas primigeniamente, dado que una aspiración de esa índole dejaría de lado el hecho cierto de que la ejecución del contrato cesó válidamente antes de lo previsto, lo que condujo a que desaparecieran las condiciones fácticas y jurídicas en que se cimentaba esa proyección*”. [↑](#footnote-ref-45)