

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Principios – Selección objetiva – Transparencia – Igualdad – Planeación – Selección objetiva

En el presente caso la parte actora afirmó que en tanto la entidad al escoger como contratista a la sociedad demandada pasó por alto los procedimientos administrativos de selección, los contratos de prestación de servicios se encontraban viciados de nulidad absoluta por desviación de poder, por expresa prohibición legal y por falta de causa; así pues, interesa al sub lite, examinar la causal de nulidad absoluta que se configura en el evento de que la entidad, al seleccionar a su co-contratante, eluda los procedimientos de selección [...]. [...] [L]a entidad pública contratante no adelantó procedimiento administrativo de selección alguno tendiente a obtener la mejor propuesta [...]. No se encuentra en el proceso elemento probatorio alguno que dé cuenta de que se hubieren adelantado por parte de la entidad los respectivos procedimientos de selección, que dieran cuenta, entre otras, de las siguientes actividades: i) la realización de estudios en los cuales se soportara la necesidad de efectuar la contratación, a los cuales alude, entre otros, el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80; ii) consagración de unas reglas claras, objetivas e imparciales que permitiesen a los interesados participar en igualdad de condiciones, como tampoco unos criterios de selección y de ponderación de los ofrecimientos; iii) invitación a formular propuestas para prestar los servicios diagnósticos; iv) presencia de las dos propuestas a las cuales aludía el reglamento; v) rastros de que las propuestas hubieren sido evaluadas y con base en esta evaluación se hubieren seleccionado las presentadas por la sociedad demandada. Así pues, encuentra la Sala que en la celebración de los mencionados contratos se pretermitieron los procedimientos de selección objetiva, lo cual dio lugar a la vulneración de los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal, con lo cual se evidencia que los contratos de prestación de servicios de salud carecieron de uno de los elementos necesarios para su validez, en razón de que no se observó el procedimiento determinado por la ley para la selección del contratista. La circunstancia anterior da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil –incorporada a la Ley 80 de 1993 [...].

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Celebración – Prohibición Legal

Según ha sido expuesto por la jurisprudencia de la Sala, para que se configure esta causal de nulidad, consagrada en el segundo ordinal del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es preciso que se presente una violación al régimen de prohibiciones y que, además, la prohibición sea explícita, además, según lo ha expresado la Jurisprudencia de esta Corporación, no toda transgresión a una prohibición genérica conduce a una nulidad absoluta con base en esta específica causal y como se anotó anteriormente, el vicio ocurriría con base en otra causal, en este caso, la prohibición legal.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Restituciones Mutuas – Contrato de Tracto Sucesivo

Si bien la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en el cual se encontraban con antelación a la celebración del mismo, sin embargo, no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas trae consigo la obligación de efectuar restituciones mutuas de lo recibido por cada una de ellas, dado que en algunas situaciones tal obligación puede resultar imposible de cumplir, toda vez que no es posible volver las cosas al estado inicial. [...] [S]iguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al cual se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado los contratos declarados nulos, toda vez que éstos corresponden a negocios jurídicos de tracto sucesivo, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

CONTRATO ESTATAL – Requisitos de validez

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad, como de aquellos previstos en el derecho privado a los cuales remite el propio Estatuto de Contratación de la Administración Pública, desde luego, adaptados a los principios de la contratación estatal. [...] En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: i) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; ii) la observancia de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del

objeto; iv) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y iv) la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA – Nulidad absoluta

Como ha sido expresado por la Jurisprudencia, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Causales

Se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, i) en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y ii) en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80. [...] Al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales: a) Los contratos celebrados contra expresa prohibición de la ley; b) Ilícitud en el objeto; c) Ilícitud en la causa; d) Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; e) Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; f) Celebración del contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; g) Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; h) Celebración del contrato con abuso o desviación de poder; i) Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y j) Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80. Desde luego, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilícitud en el objeto, la ilícitud en la causa, la incapacidad absoluta, entre otras; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

CONTRATO SERVICIO PÚBLICO DE SALUD – Normativa Contractual – Régimen

Los contratos cuestionados en esta oportunidad tenían por objeto la prestación de servicios de salud a los cuales se refirió expresamente la Ley 80 de 1993 como uno de los casos de excepción a la selección mediante la regla general de la de licitación pública [...]. [...] La Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, conservó la aplicación de la Ley 80 del mismo año para la contratación del Instituto del Seguros Sociales, con la invocación expresa del artículo 32 [...]. [...] Para esa época se encontraba vigente el Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 en el tema de la contratación directa [...]. [...] Si bien el ISS, para esa época, tenía el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, a cuyos procedimientos de selección hacía referencia el artículo 24 numeral 1, letra m de la Ley 80, no obstante, dada la especificidad de los contratos cuya validez se cuestiona en esta oportunidad, los cuales tenían por objeto la prestación de servicios de salud, éstos se regían por la Ley 80 de 1993

y, en relación con el procedimiento de selección les resultaban aplicables los artículos 24 numeral 1, letra J de esta Ley, así como el Decreto 855 de 1994 y de manera especial los artículos 2o y 11o de esta última norma jurídica.

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Aplicación – Principios – Selección objetiva – Transparencia – Igualdad – Planeación - Selección objetiva

Dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, así como a los postulados que rigen la función administrativa, lo cual significa que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

CONTRATACIÓN DIRECTA – Aplicación

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con el propósito de garantizar el principio de transparencia y después de consagrar como regla general que la escogencia del contratista debía hacerse a través de licitación pública, señaló diversos tipos de contratos y situaciones en las cuales se podía contratar directamente y, uno de esos contratos es el referente a la contratación de los servicios de salud, al cual aludía la letra J del numeral 1 del artículo 24 de esta Ley, posteriormente derogado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo numeral 4, letra c, hace referencia a este tipo de contratos. Como antes se mencionó, el Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y de conformidad con los dictados del artículo 2o, en esta forma de contratación debían tenerse en cuenta los principios de transparencia y de economía, así como el deber de selección objetiva, como ha sido puesto de presente por la Jurisprudencia de esta Sección [...].

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO – Régimen – Normativa

De conformidad con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. [...] De conformidad con los dictados de la Ley 80, expedida el 28 de octubre de 1993, las empresas industriales y comerciales del Estado, entre las cuales se encontraba el ISS, tenían el carácter de entidades estatales, de acuerdo con el contenido del artículo 2o numeral 1o de esta Ley y, por ende, según las previsiones del artículo 32 de la misma Ley, los contratos celebrados por las entidades estatales tienen el carácter de contratos estatales. La Ley 80 de 1993 consagró como regla general la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal al cual se incorporaron las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil en las materias no reguladas por la referida Ley 80.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto el Instituto de Seguros Sociales es una entidad estatal, toda vez que para la época en la cual se celebró el contrato ésta tenía el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2o, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

TESTIMONIO DE TERCEROS – Improcedencia

Advierte la Sala que al decretarse y practicarse la prueba como testimonio de terceros, no puede ser valorada en este juicio, habida cuenta que hay diferencias manifiestas entre la parte en la causa y el testigo, como lo ha precisado la Jurisprudencia de la Sala [...].

REQUISITOS LEGALES – Incumplimiento – Compulsa de copias

Esta Corporación ordenará compulsar copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, en lo que corresponde a sus respectivas competencias, en tanto encuentra que las contrataciones

realizadas, sin adelantar los respectivos procedimientos administrativos de selección, resulta contraria al ordenamiento jurídico.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., octubre treinta (30) de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03512-01(21487)

Actor: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Demandado: SOCIEDAD GENERAL DE PROVISIONES LTDA.

Referencia: CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales, contra la sentencia del diecinueve (19) de junio de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones (fl. 140-155 CP).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 7 de febrero de 1997, el Instituto de Seguros Sociales -en adelante ISS-, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda en contra de la sociedad General de Provisiones Ltda., con el fin de que le fueran concedidas las siguientes pretensiones (fl. 2- 23 C1):

***“PRIMERO:** Que es Nulo el Contrato Estatal de Arrendamiento y Prestación de Servicios contenido en el texto del contrato No. 000287 del 4 de septiembre de 1.995, suscrito entre el ISS y General de Provisiones Ltda.*

“SEGUNDO: *Que es Nula el Acta de Compromiso del 4 de septiembre de 1.995, suscrita entre el ISS y General de Provisiones Ltda.*

“TERCERO: *Que es nula toda prestación de servicios producto de las anteriores, como la del 19 de julio de 1.996.*

“CUARTO: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se fije que los efectos de la Nulidad no son constitutivos de indemnización, al no ser procedente ningún tipo de reconocimiento, por falta de causa legítima en la obligación.*

“Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 170 y ss. del C.C.A.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, se narraron los siguientes hechos (fl. 4-5 C1):

- 2.1. Que el 14 de septiembre de 1995 se suscribió entre las partes de este litigio el contrato de arrendamiento inmobiliario No. 000287, correspondiente a dos consultorios médicos dentro de la Clínica Federico Lleras Acosta del ISS.
- 2.2. Que el 4 de septiembre de 1995, quienes actúan como partes en este proceso se reunieron y, mediante acta, establecieron *“las condiciones que en adelante deberían seguir tanto el ISS, como general de provisiones Ltda., con el fin de la instalación de los equipos médicos”*.
- 2.3. Que con la celebración del acta de compromiso antes mencionada, se convirtió un contrato de arrendamiento en uno de prestación de servicios.
- 2.4. Que como consecuencia del anterior compromiso, se suscribieron entre las mismas partes otros contratos de prestación de servicios.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Afirmó la demandante que el ISS con sus actuaciones desconoció las siguientes normas jurídicas:

“Art. 2º y 209 de la C.N., Ley 10 de 1.990, Ley 80 de 1.993, Arts. 3º, 23º, 24, numeral 1º. Literal 1, 5º. Y 8º. Art. 25, numerales 6, 9, 13, 19. Art. 26, Art. 28. Art. 44. Decreto Reglamentario No. 855 de 1.994, art. 11 inciso 4º. y párrafo del art. 3º. Acuerdo No. 023 de 1.993, sobre normas presupuestales del ISS. Art. 1741 del C.C.”

La parte actora sostiene que el contrato de arrendamiento distinguido con el número 00287 de septiembre 4 de 1995 se celebró con cláusulas propias de su naturaleza y luego, mediante un acta de compromiso del mismo día, fue convertido en un contrato de prestación de servicios. Al respecto expresó lo siguiente:

“No se respetaron los procedimientos de selección del contratista de servicios médicos, al haber utilizado el contrato de arrendamiento, para otorgar al arrendatario, el uso y disfrute de esta clase de contratación sin lugar a comparar otras ofertas favorables para el ISS.

“Siendo así que del contrato de prestación de servicio se predica su nulidad, por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal, hasta el punto de facultarse a la entidad dicha declaratoria a nivel gubernativo, el contrato de arrendamiento al ser modificado en la forma que se ha venido indicado, tampoco tiene causa justificativa para su ejecución.

“No se pueden con todo, examinar las dos contrataciones en forma separada o independiente, pues están íntimamente ligados entre sí, hasta el punto de no existir la una sin la otra, y estar afectadas las dos del vicio de nulidad. Esta circunstancia la del vicio anotado, conlleva a la declaración de que no es procedente reconocimiento indemnizatorio alguno.”

Como causales de nulidad, la entidad demandante señaló las siguientes:

3.1. Desviación de poder.

Afirmó la actora que se celebró un contrato de arrendamiento con el único fin de contratar la prestación de unos servicios de médicos.

Agregó que tanto el contrato de arrendamiento como el acta de compromiso y los contratos de prestación de servicios posteriormente suscritos se encontraban viciados de nulidad por haberse celebrado sin hacer una escogencia objetiva del contratista; sostuvo la actora que tampoco se respetaron los requisitos de la Ley 80 de 1993, en el sentido de establecer previamente los costos y la calidad de los servicios, ni se cumplió con los demás requisitos previos para que pudiera ser adjudicado, como es la inexistencia de una partida o disponibilidad presupuestal y tampoco se tuvieron en cuenta las garantías que se exigen para los contratos de Prestación de servicios.

También consideró la actora que el acta de compromiso contiene previsiones de imposible cumplimiento, por cuanto se cambian las condiciones que estableció el

contrato de arrendamiento No. 00287, lo cual se puede comprobar con la prórroga del contrato, pues mientras que el contrato de arrendamiento establece como término de duración un año, el acta de compromiso por su parte lo modifica a los 8 años, entregándole los equipos a la entidad, en tanto no se incumplan las obligaciones contenidas en el acta.

3.2. Celebración contra expresa disposición legal.

La celebración de los contratos entre el ISS y la firma contratista no tuvieron en cuenta los trámites que establece la Ley 80 de 1993 respecto de la contratación directa, en tanto el contrato de prestación de servicios de salud se adjudicó a un contratista por el hecho de ser el arrendatario de unos equipos.

3.3. Falta de causa en el contrato de arrendamiento.

El acta de compromiso suscrita el mismo día de la celebración del contrato de arrendamiento modificó el pacto contractual, con lo cual se deduce que la causa del arrendamiento desaparece *“para dar paso a la verdadera intención de las partes”*.

3.4. Actuación procesal.

El día 3 de abril de 1997, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación personal al representante legal de la sociedad demandada y al Agente del Ministerio Público, al tiempo que dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo; en el mismo acto el Tribunal a quo reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte demandante (fl. 46-47 C1).

El día 12 de septiembre de 1997 se notificó personalmente la demanda al representante legal de la demandada (fl. 49 C1).

4. Contestación de la demanda.

La sociedad demandada dio respuesta oportuna a la demanda presentada por el ISS, se opuso a las pretensiones, aceptó algunos de los hechos y negó otros, para lo cual expuso, en síntesis, que (fl. 52-56 C1):

4.1. El contrato de compra de servicios se encuentra totalmente extinguido, liquidado y pagado en un 100%.

4.2. El acta cuya nulidad se solicitó nunca se suscribió. Entre las partes se suscribió un acta el 6 de septiembre de 1996, cuya nulidad no fue solicitada en la demanda.

4.3. La afirmación de que el contrato de arrendamiento se modificó en el sentido de convertirlo en uno de prestación de servicios carece de coherencia, toda vez que se trató de dos actuaciones totalmente diferentes y autónomas, que nada tienen que ver con la escogencia objetiva de otras propuestas.

4.4. La afirmación de que se desconocieron las normas presupuestales de la entidad no corresponde a la verdad, dado que el contrato de arrendamiento no generó erogación alguna para la entidad y el de prestación de servicios cumplió con tales exigencias legales.

4.5. El contrato de arrendamiento no se celebró contra expresa prohibición legal, toda vez que para ello no se requería de varias propuestas y para la prestación de servicios la entidad tuvo en cuenta otras propuestas y la más ventajosa fue la presentada por la sociedad actora.

4.6. La entidad no sólo actuó de mala fe sino que lo hizo de manera abusiva al ordenar que no se continuara contratando con la sociedad demandada.

5. Decreto de pruebas.

Mediante auto calendado el 3 de febrero de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda y con la contestación de la misma (f. 74 C1).

En el mismo acto se decretó la prueba testimonial pedida por cada una de las partes, se ordenó librar los oficios solicitados y se reconoció personería adjetiva al apoderado de la demandada.

6. Tribunal de arbitramento.

La secretaria del Tribunal de Arbitramento nombrado por la Cámara de Comercio de Neiva, en el cual actuaba como convocante la sociedad General de Provisiones Ltda., y como convocado el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Huila, solicitó al Tribunal Administrativo a quo remitir el expediente contentivo del presente proceso y le anexó el acta de la primera audiencia de trámite (fl. 98-115 C1).

El Tribunal Administrativo a quo, en vista de que la decisión respecto del envío del expediente quedó empatada, mediante auto de febrero 17 de 2000, dispuso su remisión a la Presidencia de la Sección, para la elección de un Conjuez que dirimiera el empate y mediante auto de mayo 11 de 2000 denegó la solicitud con el argumento de que una de las partes presentó la demanda ante la Justicia Contenciosa Administrativa y la otra la contestó sin reparo alguno, por lo cual se podía concluir que las partes renunciaron a la Justicia Arbitral. Este auto no fue recurrido (fl. 117-121 C1).

7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de junio 20 de 2000, el Tribunal Administrativo a quo ordenó dar traslado a las partes para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (fl. 24C1). No se observa en el expediente el traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Las partes guardaron silencio en esta etapa del proceso.

8. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo *a quo* profirió sentencia -en el presente asunto- el 19 de junio de 2000, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda (fl. 140-155 CP).

El a quo consideró que tanto el contrato de arrendamiento, modificado mediante acta de compromiso, como los contratos de prestación de servicios se encontraban ajustados al ordenamiento jurídico y que no adolecían de vicio alguno. Al respecto el Tribunal Administrativo expresó lo siguiente:

“(...) las adiciones y modificaciones hechas al contrato de arrendamiento por el acta de compromiso, no desnaturalizan el contrato de arrendamiento, se ajustan a la normatividad vigente, y no adolecen de vicio alguno, suficiente para que se configure una causal de nulidad; de ahí que el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes y modificado mediante acta de compromiso del 6 de septiembre de 1995, es perfectamente válido en cada una de sus partes por no contrariar el orden jurídico vigente.

“(...).

“De conformidad con el artículo 24 de la ley 80 de 1993, se establece una serie de casos y eventos en los que no es necesario contratar a través de licitación o concurso públicos. Dentro de esta excepción, se encuentra el contrato de prestación de servicios de salud, que únicamente están sujetos al reglamento interno de la entidad, no habiéndose aportado al expediente el reglamento del seguro que establece la necesidad de obtener más de 1 propuesta, además que en este caso, la declaración de la señora SILVIA LEONOR CABRERA DE FALLA, da cuenta que previamente a esa contratación, se escucharon 2 ofertas, declaración que merece credibilidad por provenir de una funcionaria del I.S.S. que estuvo al tanto de la contratación.”

9. El recurso de apelación.

9.1. Inconforme con la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la parte demandante interpuso -en tiempo oportuno- recurso de apelación (fl. 117 CP), el cual fue concedido por el a quo, a través de auto de agosto 14 de 2001 (fl. 160 CP).

9.2. Esta Corporación, mediante auto de octubre 18 de 2001, corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso de apelación (fl. 164 CP).

9.3. En su escrito de apelación la accionante solicitó la revocatoria de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto la consideró contraria *“a la realidad contractual, económica y de conveniencia de estado, cuando al suscribirse el contrato 000287 del 4 de Febrero de 1995, se confunden dos tipos de contratos”*.

Consideró el apelante que en el proceso resultaba evidente que con la celebración de los contratos demandados *“se vulneró toda la normatividad vigente, y principalmente los artículos 3, 13, 23, 24, 25, 26, 44 y 46 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994 en su artículo 11”*.

10. Actuación en segunda instancia.

10.1. Mediante auto de noviembre 8 de 2001, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de junio de 2001 (fl. 170 CP).

10.2. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 6 de diciembre de 2001, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (fl. 172 CP).

Únicamente la parte demandante presentó alegatos de conclusión, en los cuales reiteró que en el proceso se encontraban acreditados los vicios de nulidad de los contratos demandados y pidió la revocatoria de la sentencia impugnada.

10.3. Mediante auto de julio 15 de 2013, encontrándose el asunto para fallo, advirtió el despacho del Magistrado Ponente de la presente providencia la configuración de dos causales de nulidad procesal insaneables, como lo son la falta de jurisdicción y la falta de competencia funcional, contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, para conocer del conflicto derivado del contrato de arrendamiento No. 000287 del 4 de septiembre de 1995, celebrado entre las partes de este litigio, en el cual se pactó cláusula compromisoria. En consecuencia:

- i) Se declaró la nulidad de todo lo actuado en relación con el contrato de arrendamiento demandado.
- ii) Se remitió una copia del expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva, para lo de su cargo en relación con el mencionado contrato de arrendamiento.
- iii) Se señaló un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para que las partes iniciaran el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.
- iv) Se decidió continuar con el trámite del proceso en relación con aquellos temas diferentes a los relativos al contrato de arrendamiento.

II. CONSIDERACIONES:

Se ocupará la Sala del análisis de la competencia para conocer de los conflictos derivados de los contratos de prestación de servicios.

1. La competencia de la Sala para conocer del presente litigio.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto el Instituto de Seguros Sociales es una entidad estatal, toda vez que para la época en la cual se celebró el contrato ésta tenía el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

2. Las pruebas allegadas al proceso.

2.1. Prueba documental.

- Contrato de arrendamiento inmobiliario de los consultorios 101 y 102 de la zona de urgencias de la clínica Federico Lleras Acosta, suscrito entre las partes de esta controversia el 4 de septiembre de 1995, por el término de un año (fl. 123-128 C2).
- *“Acta de compromiso”*, correspondiente a una reunión celebrada el 4 de septiembre de 1995 y firmada el día 6 del mismo mes y año, en la cual se realizaron los acuerdos que se transcriben a continuación (fl. 7-8 C2):

“1. La Empresa GENERAL DE PROVISIONES LTDA. se compromete con el ISS Seccional Huila a instalar en el área designada de acuerdo al Contrato de Arrendamiento No. 0287 del 4 de septiembre de 1995, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de firma de la presente Acta, los equipos descritos inicialmente por el término de ocho (8) años, para

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

la prestación de servicios de tomografía y ecografías a afiliados y beneficiarios del ISS y a particulares, los cuales pasarán a ser propiedad del ISS al finalizar el tiempo establecido.

(...)

“4. La empresa para garantizar el cumplimiento de la presente acta, se compromete a constituir a su costa y en favor del INSTITUTO en una Compañía de Seguros legalmente establecida en el país o en una entidad bancaria, garantía única por el diez por ciento (10%) del valor total de los equipos, por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de suscripción de este documento. La sociedad deberá ampliar la vigencia de la garantía (sic) antes de su vencimiento por períodos sucesivos de un (1) año hasta cuando los equipos pasen a ser propiedad del ISS.

“5. La Sociedad se compromete a entregar real y materialmente de (sic) los equipos al Instituto en calidad de donación, al cabo del término antes mencionado, facilitándole los documentos que se requieran para legalizar su ingreso en el inventario de la Seccional.

“6. La firma se compromete para con el Instituto a entregar en perfectas condiciones de funcionamiento los equipos ya citados.

“7. La sociedad se compromete a facturar los servicios prestados a afiliados y beneficiarios del ISS, siguiendo el manual de tarifas vigente en la fecha de prestación de los mismos.

“8. El ISS Seccional Huila se compromete para con la firma GENERAL DE PROVISIONES LTDA., a:

“a) Prorrogar anualmente, durante un lapso no inferior a ocho (8) años el contrato de arrendamiento No. 0287 del 4 de septiembre de 1995 suscrito entre las partes.

“b) Establecer horarios de atención a particulares para efecto de los referidos exámenes de común acuerdo con el Administrador de la Compañía.

“c) No intervenir en la operación y mantenimiento de los equipos.

“d) Suministrar a cargo de la Sociedad, los servicios públicos que se requieran para el funcionamiento de los equipos.

“d) Permitir el acceso de los trabajadores encargados del manejo y mantenimiento de los equipos a las instalaciones donde éstos se encuentren instalados.

“f) El ISS Seccional Huila utilizará los servicios de tomografía que ofrece GENERAL DE PROVISIONES LTDA., en las instalaciones de la Clínica Federico Lleras Acosta, previa acreditación anual y concepto favorable del Comité Ad-hoc que estará integrado por el Jefe de Radiología, el Gerente de la Clínica y el Representante Legal de GENERAL DE PROVISIONES LTDA.

“g) El incumplimiento por parte del ISS Seccional Huila de cualquiera de los anteriores compromisos, exonerará a GENERAL DE PROVISIONES LTDA., de la obligación de dar en donación los equipos objeto de la presente Acta de Compromiso.

“- GENERAL DE PROVISIONES LTDA., facturará quincenalmente los servicios de Tomografía y Ecografía y estos a su vez serán cancelados

por el ISS Seccional Huila, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la correspondiente factura.

“El contrato de arrendamiento suscrito por las partes corresponderá en un todo al espíritu y letra de la presente Acta de compromiso.

“Para constancia se firma en Neiva, el día 6 de septiembre de 1995, por los que en ella intervinieron”. (Negrillas añadidas).

- Póliza única de cumplimiento expedida el 19 de septiembre de 1995 por La Compañía Nacional de Seguros, con el propósito de **“GARANTIZAR EL ACTA DE COMPROMISO”**, suscrita el día 6 de septiembre de 1995 (fl. 81 C3).

- Oficio remitido por el representante legal de la sociedad General de Provisiones Ltda., al Gerente de la Seccional Administrativa del ISS en el Huila, recibido en la entidad el 4 de octubre de 1995, en el cual le informó *“el costo o precio público que en la actualidad rige para los equipos objeto del Acta de Compromiso que se firmó el día 6 de septiembre del año en curso entre el ISS Seccional Huila y General de Provisiones Ltda.”* (fl. 80 C3).

- Carta contrato 0323, remitida por la Gerente de la Seccional del ISS en el Huila, en la cual le informó al representante legal de la sociedad GENERAL DE PROVISIONES LTDA., que *“EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ha seleccionado su propuesta del 4 de Septiembre de 1995”* y en el mismo documento fijó las condiciones del contrato, cuyo objeto consistió en la práctica de exámenes y/o procedimientos del servicio de Tomografía Computarizada y Ecografía en la Clínica Federico Lleras Acosta del ISS de la ciudad de Neiva y, entre otros, se encuentran los siguientes contenidos: i) plazo: 2 meses; ii) valor: \$ 24'000.000.00; iii) forma de pago: anticipo hasta del 50% y actas parciales mensuales; iv) tarifas; v) obligaciones de las partes. La comunicación dice haber sido *“Aceptada y suscrita por EL CONTRATISTA, en Neiva el 11 de Diciembre de 1995”* (fl. 43-50 C3).

- Garantía de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la carta contrato número 323, expedida por *La Nacional de Seguros*, con vigencia de diciembre 20 de 1995 a junio 20 de 1996 (fl. 51 C3).

- Oficio aprobatorio de las pólizas correspondientes a la carta contrato 0323 y constancia de iniciación del término de ejecución del mismo contrato, calendado el 15 de diciembre de 1995 (fl. 42 C3).

- *“CONVENIO MODIFICATORIO QUE FORMA PARTE INTEGRANTE DE LA CARTA CONTRATO No. 000323 DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1996. SUSCRITA ENTRE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y GENERAL DE PROVISIONES LTDA.”*, con fecha 12 de febrero de 1996, en el sentido de prorrogar el plazo hasta el 14 de marzo de 1996 (fl. 39 C3).

- Anexo modificatorio de ampliación de los plazos de las pólizas correspondientes a la carta contrato No. 323, hasta el 15 de julio de 1996, expedido por *La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia* el 14 de febrero de 1996 (fl. 41 C3).

- Comunicación remitida por el representante legal de la sociedad General de Provisiones Ltda., el 9 de marzo de 1996, por medio de la cual sometió *“a consideración [de la entidad] los servicios de ECOGRAFIA Y TOMOGRAFIA COMPUTARIZADA que podemos prestar a los afiliados del I.S.S. Huila en la sede de la Clínica Federico Lleras Acosta de esta ciudad”* (fl. 99 C3).

- Carta contrato 071, remitida por la Gerente de la Seccional del ISS en el Huila al gerente de la sociedad General de Provisiones Ltda., en la cual le informó que *“EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ha seleccionado su propuesta del 9 de Marzo de 1996”* y en el mismo documento fijó las condiciones del contrato, cuyo objeto consistió en la práctica de exámenes y/o procedimientos del servicio de Tomografía Computarizada y Ecografía en la Clínica Federico Lleras Acosta del ISS de la ciudad de Neiva y, entre otros, se encuentran los siguientes contenidos: i) plazo: 6 meses; ii) valor: \$ 90'000.000.00; iii) forma de pago: anticipo hasta del 50% y actas parciales mensuales; iv) tarifas; v) obligaciones de las partes. Esta Carta Contrato dice haber sido *“Aceptada y suscrita por EL CONTRATISTA, en Neiva el 11 de Marzo de 1996”* (fl. 31-38 C3).

- Póliza de seguro de cumplimiento número G03762905, expedida por Seguros La Equidad el 15 de marzo de 1996, cuyo objeto consistió en *“GARANTIZAR LA CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO, LA BUENA CALIDAD DEL SERVICIO, EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA – CONTRATO DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1995, RELACIONADA CON LOS SERVICIOS DE APOYO DIAGNOSTICO Y COMPLEMENTACION*

TERAPEUTICA A PACIENTES HOSPITALIZADOS Y AMBULATORIOS EN LA CLINICA FEDERICO LLERAS ACOSTA DEL ISS” (fl. 26 C3).

- Oficio remitido por el Director Jurídico de la Seccional del Huila a la sociedad General de Provisiones Ltda., el 18 de marzo de 1996, en el cual le informó acerca de la aceptación de la oferta 071 del 1.03.96, así como de la aprobación de la póliza y de la iniciación del término de ejecución del contrato (fl. 24 C3).

- Documento de aclaración de la póliza No. G03762905, fechado el 18 de marzo de 1996, en el cual se expresó que *“LAS GARANTIAS AMPARADAS CON LA PRESENTE PÓLIZA CORRESPONDEN A LA CARTA-CONTRATO No. 000071 DEL 1 DE MARZO DE 1996 Y NO COMO SE HIZO FIGURAR INICIALMENTE”* (fl. 25-26 C3).

- Memorando interno de la entidad, remitido por el Director Jurídico Seccional al funcionario investigador de auditoría disciplinaria de la misma entidad, el 23 de mayo de 1996, al parecer, en respuesta a interrogantes formulados acerca del *“Contrato de Prestación de Servicios No. 323 del 11 de diciembre de 1995 suscrito entre el ISS y General de Provisiones Ltda.”* y sostuvo que *“La precitada Carta contrato, fue elaborada y revisada supuestamente en el Departamento de Contratación de Servicios de Salud de la EPS”* (fl. 20 C3).

- Acta de terminación del *contrato No. 071 del 01 de marzo de 1996*, suscrita por la Gerente de la Seccional del ISS en el Huila y por el Gerente de la sociedad demandada, el 18 de julio de 1996, cuyos términos son los que se transcriben a continuación (fl. 20 C3):

“ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO No. 071 DEL 01 DE MARZO DE 1996 SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL HUILA Y GENERAL DE PROVISIONES LTDA. Y/O LUIS HERNAN RODRIGUEZ

“Los suscritos SILVIA LEONOR CABRERA DE FALLA, mayor de edad y vecina de la ciudad de Neiva, identificada con la cédula de ciudadanía número 41'598.264 expedida en Bogotá, quien actúa en nombre y representación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL HUILA, Empresa Industrial y Comercial del Estado en su carácter de Gerente de la Empresa Promotora de Salud, en ejercicio de la delegación conferida por la Presidencia de la entidad mediante resolución No. 1835 del 03 de Mayo de 1995, quien en el texto de este documento se denominará el INSTITUTO de una parte y de la otra GENERAL DE PROVISIONES Y/O LUIS HERNAN RODRIGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.144.603 expedida en Bogotá, quien en adelante se denominará EL CONTRATISTA, hemos acordado dar

por terminado a partir del 18 de julio de 1996 la carta contrato No. 071 del 01 de Marzo de 1996, suscrita entre las partes y vigente hasta el 17 de Septiembre de 1996, por haberse agotado su apropiación presupuestal, dejando constancia de que tal decisión no implica para el INSTITUTO renuncia a derechos causados o adquiridos en su favor. Para constancia se firma en Neiva, a los 18 días del mes de Julio de 1996.”

- Carta contrato 000138 del 19 de julio de 1996, en la cual la entidad le informó a la sociedad demandada que *“EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ha seleccionado su propuesta del 19 de julio de 1996”*, cuyo objeto lo constituye la *“ATENCION MEDICA DE II, III Y/o IV NIVEL”*, con el propósito de *“prestar en forma integral los servicios médicos programados y de urgencia, en la ciudad de Neiva, en el servicio de imagenología”*. En el documento se estipuló un plazo de seis meses y un valor de \$ 132'000.000.oo y, asimismo, se fijaron las condiciones de ejecución del contrato (fl. 9-16 C2).

- Póliza única de cumplimiento expedida por Seguros La Equidad, el 22 de julio de 1996, la cual tuvo como propósito *“GARANTIZAR LA CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, LA BUENA CALIDAD DEL SERVICIO, EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA CONTRATO No. 000138 DEL 9 DE JULIO DE 1996, RELACIONADO CON LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA II, III Y/O IV NIVEL Y DEMÁS ESPECIFICACIONES DEL MISMO CONTRATO”* (fl. 18 C3).

- Comunicación de fecha 26 de julio, dirigida por la Gerente de la EPS Seccional Huila al representante legal de la sociedad demandada, referenciada como *“CARTA CONTRATO APROBACIÓN DE OFERTA No. 00138 DEL 19 DE JULIO DE 1996”*, a través de la cual le informó que el ISS, el 26 de julio de 1996, había dado aprobación a las pólizas de julio 22 de 1996 (fl. 19 C3).

- Oficio de fecha 11 de noviembre de 1996, dirigido por la Directora Jurídica Nacional del ISS al Gerente Administrativo de la Seccional del ISS en el Huila, en el cual le pidió no continuar con los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios en tanto *“este tipo de contratación está viciada de ilegalidad”*, además de que ambos contratos se encontraban vencidos.

- Oficio fechado el 21 de noviembre de 1996 y dirigido por la Directora Jurídica Nacional del ISS al Gerente Administrativo de la *“Seccional ISS Huila”*, con el propósito de *“solicitarle no continuar con los contratos con la firma **GENERAL DE***

PROVISIONES ya que este tipo de contratación está viciada de ilegalidad” (fl. 32 C2).

- Comunicación remitida por la Gerente de la E.P.S., al Gerente Seccional Administrativo del ISS Huila, en fecha 12 de diciembre de 1996, en la cual le manifestó, en síntesis, lo siguiente: i) que el comité de gerentes seccionales de la IPS y de la EPS, de la época, aprobaron, previo el cumplimiento de los requisitos legales, la celebración del acta de compromiso y el contrato de arrendamiento; ii) que el contrato de prestación de servicios se celebró en consideración a las necesidades de la entidad y a las dificultades que en esa zona tenía la población para la prestación de ese tipo de servicios; iii) que el contrato se venía realizando con la sociedad demandada sin problema alguno; iv) que no le resultaba claro ni sabía de cuál rubro se podía pagar (fl. 9-11 C3).

- Comunicación fechada el 27 de diciembre de 1996, a través de la cual la Directora Jurídica Nacional del ISS le solicitó al Gerente Seccional Administrativo de la entidad en el Huila que diera por terminados el contrato de arrendamiento y la modificación contenida en el “Acta de Compromiso” del 4 de septiembre, *“por presentarse una causal de nulidad absoluta (...) en razón de que se está violando el principio de selección objetiva del contratista”* (fl. 33-34 C2).

- Oficio remitido por la Gerente Seccional Administrativa de Pensiones y Riesgos Laborales a la Directora Jurídica Nacional del ISS, el 13 de enero de 1997, en respuesta al oficio de diciembre 27 1996, en el cual le manifestó que, *“con el fin de evitar posibles demandas por parte del contratista, fundamentada en el Acta de Compromiso suscrita en forma irregular en fecha 4 de septiembre de 1995 por los Doctores (...), se recomienda instaurar por parte del Instituto la Acción de Nulidad de la misma”* (fl. 7-8 C2).

- Oficio dirigido por el gerente de la sociedad demandada a la gerente seccional del ISS, el 28 de enero de 1997, a través del cual le solicitó *“ordenar de nuevo el contrato de prestación de servicios de tomografía y ecografía, por cuanto el anterior se agotó”* y agregó que *“Esta solicitud en atención de acuerdo suscrito en acta de compromiso de septiembre 6 de 1995”*. (fl. 23 C2).

- Comunicación emanada de la Gerente EPS Seccional, calendada el 7 de febrero de 1997, dirigida al Gerente General de la sociedad demandada, en la cual le

expresó que, según lo conceptuado por la División Jurídica de la entidad, los contratos celebrados con esta sociedad eran ilegales por lesionar la autonomía de la entidad y el principio de selección objetivo y agregó que *“esta Gerencia solicitó a Bogotá la viabilidad de firmar nuevo contrato de prestación de servicios con la firma que usted representa, haciendo la observación de que considerando la calidad de la prestación del servicio durante el año 1996”* y, en vista de que ésta fue respondida negativamente, *“no me asiste razón distinta que la expuesta para no continuar con el convenio firmado a través del acta de compromiso de septiembre 6 de 1995”* (fl. 22 C2).

2.2. Prueba testimonial.

2.2.1. Del testimonio rendido por la señora **Silvia Leonor Cabrera de Falla**, Gerente de Salud y Seguridad Social en el ISS E.P.S., para la época de suscripción de los contratos demandados, se destacan las afirmaciones que la Sala se permite resumir a continuación (fl. 24-26 C2):

- i)** Que no participó en la elaboración del contrato de prestación de servicios y que solamente tuvo que ver *“con la legalización del mismo”*.
- ii)** Que el contrato se firmó y ejecutó durante un año *“divinamente”*, con un excelente servicio y atención 24 horas.
- iii)** Que no conoció las razones por las cuales *“se canceló el contrato”*, decisión que se tomó en Bogotá y no en el Huila.
- iv)** Que ella era la delegada de la Presidencia en la Seccional del Huila para *“realizar contratos de compra de servicios de salud de acuerdo al manual de contratación con base en las tarifas del ISS”*.
- v)** Que para la compra de servicios de salud tuvo los siguientes oferentes: *“la clínica central de especialistas, la clínica Nueva, y General de Provisiones, las tres se acreditaron y de ellas se buscó la que mejor le convenía al ISS”*.
- vi)** Que si bien el mismo día en el cual se firmó un acta de compromiso acerca del contrato de arrendamiento se hicieron compromisos de prestación de servicios, en el acta suscrita el 4 de septiembre *“en uno de los apartes dice que*

debe estar sujeto a acreditación y habla de un comité ad-hoc que se realizará anualmente”.

vii) *Que se realizó una selección objetiva del contratista y “tan es obvio que se hizo la selección objetiva, que el contrato no se firma sino hasta un año después, porque primero había que esperar a que se instalaran los equipos, estuvieran en prueba y se acreditara de acuerdo al manual de acreditación”.*

viii) *En cuanto a la pregunta por el sentido del contrato de arrendamiento para la instalación de los equipos en tanto no se les garantizaba el servicio, respondió que “ellos sabían que si no prestaban un buen servicio y no pasaban ese comité ad-hoc, no podía ser renovado el contrato y la compra de servicios”.*

ix) *Refirió que si bien el manual de contratación es “de estricto cumplimiento (...) tenemos la autonomía con base en las acreditaciones y las necesidades de servicio de decir a quién, en dónde y por cuanto se hace un contrato”.*

2.2.2. Del testimonio rendido por la señora **Inés Falla de Ospina**, Gerente de la I.P.S. Clínica Federico Lleras Acosta, se destacan las afirmaciones que la Sala se permite resumir a continuación (fl. 82-85 C2):

i) Que cuando ingresó a la entidad se enteró de la existencia de los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, los cuales se ejecutaban en las instalaciones de la entidad en Neiva.

ii) Que ella, como parte del comité ad-hoc, consideraba que la entidad demandada había prestado un buen servicio.

iii) Que en el ISS, nivel central, se consideró que el contrato de prestación de servicios era ilegal e impartieron instrucciones de darlo por terminado.

iv) Que hasta el 30 de enero de 1997, fecha en la cual ella se retiró de la entidad, quien prestaba los servicios de tomografía y de ecografía era la contratista demandada.

2.2.3. La testigo **Alba Segura de Castaño**, Gerente Administrativa de Pensiones y Riesgos en la Seccional Huila del ISS, entre enero de 1997 y abril de 1998, en síntesis, sostuvo lo siguiente (fl. 81-92 C2):

i) Que para 1997, no recuerda la fecha, se agotó el presupuesto correspondiente al contrato de *suministro de servicio*, aunque el tiempo no se había vencido, después de lo cual la entidad no volvió a solicitar los servicios.

ii) Que el retiro de la sociedad demandada se produjo en buenos términos, en razón de que, además de que no pagaba el canon de arrendamiento, los abogados de la entidad consideraron que los contratos violaban el principio de transparencia previsto en la Ley 80 de 1993, especialmente porque se encontraba prorrogado por cinco años o más, que no recordaba exactamente.

iii) Que, de acuerdo con el principio de transparencia, *“mirábamos que al existir un contrato de arrendamiento y un contrato de suministro, con la misma entidad, no dábamos cabida a contratar con otras entidades que suministraban el mismo servicio”*.

iv) Que tenía conocimiento de que la sociedad demandada se retiró de las instalaciones de la entidad porque, en tanto ésta no demandaba los servicios, ya no les resultaba rentable continuar pagando arriendo por el uso de las mismas.

2.2.4. El Tribunal *a quo* decretó y recibió la declaración jurada del representante legal de la sociedad demandada, señor Luis Hernán Rodríguez Rengifo, quien fue vinculado al proceso por solicitud de la entidad demandante (fl. 28-29 C2).

Advierte la Sala que al decretarse y practicarse la prueba como testimonio de terceros, no puede ser valorada en este juicio, habida cuenta que hay diferencias manifiestas entre la parte en la causa y el testigo, como lo ha precisado la Jurisprudencia de la Sala:

“En este sentido, recuerda Jeremías Bentham, en su tratado sobre las pruebas judiciales, que existe una oposición natural entre los caracteres de parte y testigo resumida en la máxima antigua de la jurisprudencia nemo debet esse testis in propria causa²”.

² Original de la Sentencia en cita: *Jeremías Bentham, Tratado de las pruebas judiciales, Tomo I, Ediciones Nueva Jurídica, 2000, pp. 115.*

“En efecto, mientras que el testimonio corresponde a una declaración espontánea de una persona ajena al proceso que se presenta a exponer de su propia conformidad y sin intervención de nadie, todo lo que sabe acerca de una causa, la finalidad de quien solicita un interrogatorio de parte es la de obtener la confesión de la parte contraria. En este orden de ideas, la declaración de parte está prevista en los artículos 194 a 210 del Código de Procedimiento Civil, como un medio de prueba que tiene como propósito lograr la confesión y que puede ser practicado en el proceso con la única condición de que sea una parte con intereses contrarios quien solicite la citación de la otra parte, con el fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso.”³

En el asunto objeto de juzgamiento, aunque la declaración fue solicitada por la demandante, no podía ser decretada y recibida como una declaración *espontánea* de tercero, en atención a que la demanda se formuló en contra de la sociedad que él representa. En este contexto, la deposición del representante legal de de la sociedad no cumplió con las formalidades del interrogatorio sobre hechos o actos relacionados con los contratos celebrados, formulados por la contraparte.

3. Ley de contratación aplicable.

De conformidad con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

Los diversos contratos de prestación de servicios de salud ahora cuestionados se suscribieron entre los años 1995 y 1997, época en la cual se encontraban vigentes las Leyes 10 de 1990, 80 de 1993, 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 855 de 1994.

La Ley 10 de 1990 ***por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud y se dictaron otras disposiciones, dispuso la aplicación de*** los principios de contratación del derecho privado a la contratación de prestación de los servicios de salud, por parte de las entidades públicas que tuvieren esa responsabilidad, así:

“Artículo 24º.- Contratación o asociación para la prestación de servicios de salud. Previa autorización del Ministerio de Salud, cuya competencia podrá ser delegada en las direcciones seccionales, o locales, **todas las entidades públicas que tengan la responsabilidad de prestar**

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de septiembre 14 de 2011, Expediente 19110, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

servicios de salud, podrán contratar con personas privadas especializadas en servicios de salud, inscritas en el registro especial que, para el efecto se organizará, en desarrollo de las facultades de que trata el artículo 1 de esta Ley, la prestación del servicio público de salud, siempre y cuando, se respeten los principios consagrados en el artículo 3. Estos contratos, no requerirán requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares. (La negrilla no es del texto).

De conformidad con los dictados de la Ley 80, expedida el 28 de octubre de 1993, las empresas industriales y comerciales del Estado, entre las cuales se encontraba el ISS, tenían el carácter de entidades estatales, de acuerdo con el contenido del artículo 2º numeral 1º de esta Ley⁴ y, por ende, según las previsiones del artículo 32 de la misma Ley⁵, los contratos celebrados por las entidades estatales tienen el carácter de contratos estatales.

La Ley 80 de 1993 consagró como regla general la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal al cual se incorporaron las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil en las materias no reguladas por la referida Ley 80.

Los contratos cuestionados en esta oportunidad tenían por objeto la prestación de servicios de salud a los cuales se refirió expresamente la Ley 80 de 1993 como uno de los casos de excepción a la selección mediante la regla general de la de licitación pública y se consagró en los siguientes términos:

*“Artículo 24. Del Principio de transparencia.
En virtud de este principio:*

⁴ **“ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.** Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

(...). (Negrillas añadidas).

⁵ **“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...).”

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en que se podrá contratar directamente:"

(...)

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de los servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios."

La Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, conservó la aplicación de la Ley 80 del mismo año para la contratación del Instituto del Seguros Sociales, con la invocación expresa del artículo 32, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 275. DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. *El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

El Presidente del Instituto de Seguros Sociales será nombrado por el Presidente de la República de terna presentada por el Consejo Directivo del Instituto.

Sin perjuicio de la facultad discrecional del Presidente de la República, el Consejo Directivo, por mayoría absoluta de votos podrá solicitarle al Presidente la remoción del Presidente del ISS, por el no cumplimiento de las metas anuales de gestión previamente determinadas por el consejo directivo.

Así mismo, el Consejo Directivo señalará las directrices generales para elegir el personal directivo del Instituto.

PARÁGRAFO 1o. *Respecto de los servicios de salud que presta, actuará como una Entidad Promotora y Prestadora de Servicios de Salud con jurisdicción nacional. El Consejo Directivo del Instituto determinará las tarifas que el instituto aplicará en la venta de servicios de salud.*

PARÁGRAFO 2o. *Para efectos tributarios el ISS se regirá por lo previsto para los establecimientos públicos."*

PARÁGRAFO 3o. *En un plazo de un año a partir de la vigencia de la presente ley, y de acuerdo con la reglamentación que expida el consejo directivo, el instituto garantizará la descentralización y la autonomía técnica, financiera y administrativa de las unidades de su propiedad que presten los servicios de salud." (La subraya no es del texto)*

Para esa época se encontraba vigente el Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 en el tema de la contratación directa, del cual se destacan los siguientes artículos:

“Artículo 2º.- En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.”

“Artículo 11º.- Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, deberán obtener previamente por lo menos dos (2) ofertas a personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 10 de 1990.

No obstante lo anterior, la entidad estatal podrá contratar directamente, sin haber obtenido previamente varias ofertas en los eventos previstos en el inciso cuarto y en el parágrafo del artículo 3 de este Decreto.”

“Artículo 3º.- Para la celebración de los contratos a que se refieren los literales a) y d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas.

(...).

Cuando se trate de contratos cuya cuantía no supere el diez (10%) de los montos señalados en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

Parágrafo.- La entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, en los siguientes eventos: cuando las haya solicitado y sólo haya recibido una de ellas; cuando de acuerdo con la información que pueda obtener no existan en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios; cuando se trate de contratos intuitu persone, esto es que se celebran en consideración a las calidades personales del contratista, y cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permita solicitar varias ofertas. De todo lo anterior se dejará constancia escrita.”

“Artículo 18º.- Para efectos en lo dispuesto en el literal m) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, la compraventa, permuta, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como de los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercado de bienes y servicios.”

Si bien el ISS, para esa época, tenía el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, a cuyos procedimientos de selección hacía referencia el artículo 24 numeral 1, letra m de la Ley 80, no obstante, dada la especificidad de los contratos cuya validez se cuestiona en esta oportunidad, los cuales tenían por objeto la prestación de servicios de salud, éstos se regían por la Ley 80 de 1993 y, en relación con el procedimiento de selección les resultaban aplicables los artículos

24 numeral 1, letra J de esta Ley, así como el Decreto 855 de 1994 y de manera especial los artículos 2o y 11º de esta última norma jurídica.

4. La contratación directa y los principios de la contratación estatal.

Dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, así como a los postulados que rigen la función administrativa, lo cual significa que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad⁶. Al principio de transparencia se ha referido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en los siguientes términos:

“El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,⁷ la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁸ la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

“La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

“Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.”⁹

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁰, con el propósito de garantizar el principio de transparencia y después de consagrar como regla general que la escogencia del contratista debía hacerse a través de licitación pública, señaló diversos tipos de contratos y situaciones en las cuales se podía contratar directamente y, uno de esos contratos es el referente a la contratación de los servicios de salud, al cual aludía la letra J del numeral 1 del artículo 24 de esta Ley, posteriormente

⁶ Artículo 209 de la Constitución política.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de marzo 24 de 2011, Expediente 18118, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Ya derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

derogado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo numeral 4, letra c, hace referencia a este tipo de contratos¹¹.

Como antes se mencionó, el Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y de conformidad con los dictados del artículo 2º, en esta forma de contratación debían tenerse en cuenta los principios de transparencia y de economía, así como el deber de selección objetiva, como ha sido puesto de presente por la Jurisprudencia de esta Sección, en los términos que se transcriben a continuación:

“2.2.2.- La contratación directa.

“Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley, pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad, en general y el régimen de contratación estatal, en particular.

“(…)

“(…) el hecho de que la norma legal no hubiere consagrado un procedimiento claro y preciso para la contratación directa, por parte de las entidades estatales, no constituye razón justificativa alguna para que las mismas procedan a seleccionar discrecionalmente a los contratistas, toda vez que la Constitución Política y las leyes vigentes (Ley 80 de 1993) les imponen el deber de aplicar los principios que orientan la actividad contractual y la actividad administrativa en general.

“Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.

“2.3.- Los principios que rigen la selección de los contratistas por parte de las entidades estatales.

“Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en

¹¹ **Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, letra c):**

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios (...).”

el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.

“El procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, ‘los principios de la contratación estatal son sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista’. Así mismo, ha dicho que “El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios.”¹²

“Con arreglo a los postulados del artículo 4º constitucional, a cuyo tenor ‘la Constitución es norma de normas’ y ‘en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales’, resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos¹³, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.

“La Carta Suprema en su artículo 209¹⁴ ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

“Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

“De la misma manera el principio de prevalencia del derecho sustancial que la Carta Política consagra en su artículo 228, aunque podría considerarse rector de la Administración de Justicia, indudablemente resulta de importante aplicación en relación con el ejercicio de la función que cumplen las autoridades administrativas, de tal suerte, que si en ese campo se presenta alguna colisión entre aspectos o regulaciones de índole objetiva para con el derecho sustancial, éste está llamado a prevalecer.

“También es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de

¹² Original de la Sentencia en cita: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indebida, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 226.

¹³ Original de la Sentencia en cita: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Derecho Administrativo”, 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.

¹⁴ Original de la Sentencia en cita: “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 (...)”

economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre concurrencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro, como a continuación se analizará.

“(…)

“2.3.4.- El principio de selección objetiva.

“(…)

“(…) en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso **o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.**

“Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad.

“En efecto, en los pliegos de condiciones se establecen las reglas de juego que deben servir de fundamento para la selección del contratista y la futura contratación; en consecuencia, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas.

“Dichas reglas deben ser puestas en conocimiento de todos los interesados en participar, sin que sea posible modificarlas al momento de efectuar la selección del contratista, con lo cual se honran los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe. Pero además, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones constituyen el fundamento para la valoración de los ofrecimientos hechos y la selección del contratista que sólo será objetiva si se cumplen a cabalidad.

“La selección objetiva del contratista, en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable.

“(…)

“2.4.- La aplicación de los principios de la contratación en la modalidad de la contratación directa.

“En el acápite anterior se manifestó insistentemente que la entidades públicas están obligadas a respetar los principios que orientan la actividad contractual, no sólo cuando la selección del contratista se cumple mediante el procedimiento de la licitación o concurso públicos, sino también cuando se adelante a través de la modalidad de contratación directa, puesto que esta forma de escogencia del contratista, debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular.”¹⁵ (Negritas por fuera del original).¹⁶

5. La nulidad absoluta de los contratos estatales.

Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad, como de aquellos previstos en el derecho privado a los cuales remite el propio Estatuto de Contratación de la Administración Pública, desde luego, adaptados a los principios de la contratación estatal.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a) Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
- b) Causa lícita (ordinal 4)
- c) Objeto lícito (ordinal 3)
- d) Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
- e) Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran¹⁷.

Por su parte, las normas de la Ley 80, expedida en el año 1993, contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de agosto de 1971.

En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: *i)* la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; *ii)* la observancia de los procedimientos de selección del contratista; *iii)* la licitud del objeto; *iv)* la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y *iv)* la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

Como ha sido expresado por la Jurisprudencia¹⁸, en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala¹⁹, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

¹⁸ Véase, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio ocho (8) de dos mil nueve (2009), Expediente 15004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio veintidós (22) de dos mil nueve (2009), Expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo dieciocho (18) de dos mil diez (2010), Expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324 C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

“Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, **i)** en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y **ii)** en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a) Los contratos celebrados contra expresa prohibición de la ley;
- b) Ilícitud en el objeto;
- c) Ilícitud en la causa;
- d) Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e) Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f) Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g) Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h) Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i) Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y

j) Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Desde luego, hay lugar a señalar que aquellas causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que provienen del Código Civil, por la incorporación que de las mismas dispuso a la Ley 80 la parte inicial de su artículo 44, sin perjuicio de adaptarlas a algunos de los principios que regulan y orientan tanto la contratación pública como el Derecho Administrativo en general, deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos en que las mismas han sido entendidas tanto por la Jurisprudencia que al respecto ha construido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina desarrollada a partir, precisamente, del estudio de las normas que integran esa codificación y en idéntico sentido habrá que concluir que en este campo también serán aplicables aquellas otras disposiciones legales contenidas en el Código Civil que se ocupan de precisar el sentido y el alcance de las nociones que sirven para estructurar las causales de nulidad absoluta consagradas en los artículos 6 y 1741 de ese cuerpo normativo (como el caso de la ilicitud en el objeto, la ilicitud en la causa, la incapacidad absoluta, entre otras; artículos 1503, 1504, 1517, 1518, 1519, 1521, 1523, 1524 C.C.).

En el presente caso la parte actora afirmó que en tanto la entidad al escoger como contratista a la sociedad demandada pasó por alto los procedimientos administrativos de selección, los contratos de prestación de servicios se encontraban viciados de nulidad absoluta por desviación de poder, por expresa prohibición legal y por falta de causa; así pues, interesa al *sub lite*, examinar la causal de nulidad absoluta que se configura en el evento de que la entidad, al seleccionar a su co-contratante, eluda los procedimientos de selección, tema al cual se ha referido la jurisprudencia de la Sala, en los siguientes términos:

“Ahora bien, resulta pertinente establecer si la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el citado numeral 2º del artículo 44 de la misma Ley 80.

El artículo 24-8 de la Ley 80 reza así:

“Las autoridades no actuarán con abuso o desviación de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en esta ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el presente estatuto” (subrayas fuera del texto original).

Si bien es cierto que el texto legal transcrito consagra una prohibición expresa y genérica, en cuya virtud se limitó a las autoridades administrativas, de manera categórica, la posibilidad de que en materia contractual actúen con abuso o desviación de poder, para la Sala resulta evidente que en aquellos eventos en los cuales se verifique que la celebración del correspondiente contrato estatal estuviere afectada o viciada, precisamente, por abuso o desviación de poder, en realidad no se configuraría la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino aquella que recoge el numeral 3º de esa misma disposición legal.

La anterior conclusión encuentra fundamenta en dos razones que la Sala estima suficientes, en el presente asunto, para efectuar la distinción anotada.

En efecto, de un lado resulta claro que el criterio de especificidad obliga a preferir la aplicación de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 3º, por sobre la causal del numeral 2º, ambas del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que éste último hace referencia, de manera genérica y abstracta, a la violación de cualquier prohibición constitucional o legal, al paso que el mencionado numeral 3º se edifica sobre una situación que, para la situación que ahora se analiza, resulta especial frente a aquella, puesto que contempla de manera exacta la celebración del contrato con abuso o desviación de poder.

De otro lado se tiene que el efecto útil, como criterio de interpretación normativa, también obliga a adoptar esa conclusión, puesto que si se asumiere que en la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, referida a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, ya estaría inmersa o incorporada la celebración de contratos públicos con abuso o desviación de poder, todo porque ese proceder se encuentra expresamente prohibido por la ley en el transcrito numeral 8 del artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, habría que concluir entonces que el también referido numeral 3º del artículo 44, que recoge como causal autónoma de nulidad absoluta de los contratos estatales la celebración de los mismos con abuso o desviación de poder, dejaría de generar efectos y nunca habría lugar a su aplicación, todo por la sencilla razón de que cualquiera de los casos que ese numeral contempla deberían tenerse como subsumidos en la causal anterior, esto es en la del numeral 2º.

La conclusión a la cual ha arribado la Sala encuentra apoyo adicional en una consideración más, consistente en destacar que las prohibiciones expresas que, de manera imperativa, recoge el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80, según las cuales las autoridades administrativas no actuarán con desviación o abuso de poder y no podrán eludir los procedimiento de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de Contratación Pública, por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo, de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requeriría para su violación o desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que puedan considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozcan las prohibiciones expresas que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas también ha de viciar de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato; lo que aquí se examina y discute dice relación, exclusivamente, con la identificación de la causal específica que habrá lugar a invocar y a aplicar en cada caso particular, cuestión que cobra importancia en atención a las

facultades que la ley ha otorgado a la Administración, según que se configure una u otra causal.

En efecto, cuando el hecho constitutivo de nulidad enmarca dentro de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44, la propia ley impone al Jefe de la Entidad Estatal el deber de dar por terminado el contrato, de manera unilateral, en el estado en que se encuentre, mientras que si tales hechos resultan constitutivos de la causal prevista en el numeral 3º ibídem, la Administración no podrá ejercer esta facultad y tan solo podrá acudir por vía judicial a demandar la nulidad absoluta del contrato”²⁰.

6. El asunto sometido a examen.

En el presente caso la entidad demandada solicitó la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento número 000287 del 4 de septiembre de 1995, así como de diversos contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes del presente litigio.

Como se mencionó en el acápite de antecedentes, el contrato de arrendamiento demandado contenía cláusula compromisoria, en razón de lo cual se remitió a la Cámara de Comercio de Neiva, con el propósito de que su legalidad fuera examinada por un Tribunal de Arbitramento.

Después de hacer un recuento de los principales hechos que se encuentran probados en el proceso, pasa la Sala a ocuparse de las distintas causales de nulidad absoluta alegadas en la demanda, en relación con los contratos de prestación de servicios.

6.1. Lo probado en el proceso.

En relación con los contratos de prestación de servicios, se destacan los siguientes hechos probados:

i) El mismo día en el cual se suscribió el contrato de arrendamiento de unos consultorios ubicados en la Clínica Federico Lleras Acosta –el 4 de septiembre de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000033901; Radicación número: 15599; también en idéntica dirección puede verse el salvamento de voto presentado por el Consejero ponente del presente proveído, respecto de la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052).

1995-, se llevó a cabo una reunión entre las mismas partes y como producto de la misma el día 6 de septiembre se suscribió un *acta de compromiso*, de la cual se destaca lo siguiente:

- a) La contratista se comprometió a instalar equipos para la prestación de servicios de tomografía y de ecografía a los afiliados del ISS.
- b) La sociedad contratista se comprometió a facturar quincenalmente los servicios prestados a los afiliados y beneficiarios del ISS, de acuerdo con las tarifas vigentes a la fecha de prestación de los servicios y, a su vez, la entidad se comprometió a pagar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura correspondiente.
- c) La entidad se comprometió a prorrogar anualmente la prestación de los servicios contratados, por un lapso de ocho (8) años.
- d) La contratista, además de garantizar la prestación, al cabo de los ocho años se comprometió a donar los equipos a la entidad contratante.

ii) El 11 de diciembre de 1995, las mismas partes suscribieron la *Carta Contrato 0323*, en la cual le informaron al representante legal de la contratista que el ISS había seleccionado la propuesta del 4 de septiembre de 1995 y en el mismo documento se fijaron las condiciones para la prestación de los servicios de tomografía computarizada y de ecografía en la Clínica Federico Lleras Acosta, en la ciudad de Neiva. La prestación se acordó por el término de dos (2) meses.

iii) El 12 de febrero de 1996 las partes acordaron prorrogar el plazo de la prestación hasta el 14 de marzo del mismo año.

iv) El 9 de marzo de 1996 la sociedad contratista comunicó a la entidad que sometía a consideración de la entidad la prestación de los servicios de ecografía y tomografía computarizada que podía prestar a los afiliados del ISS en la Clínica Federico Lleras Acosta.

v) En fecha 11 de marzo de 1996, las partes suscribieron la *Carta Contrato* distinguida con el número 071, según la cual se aceptaba la propuesta presentada el 9 de marzo por la contratista y se fijaron las condiciones para la prestación de los servicios ofrecidos, durante un plazo de seis (6) meses.

Vi) El 15 de marzo de 1996 la compañía de Seguros La Equidad, expidió garantía única de cumplimiento número G03762905 para amparar las obligaciones surgidas de la Carta Contrato de diciembre 11 de 1995.

Vii) El 18 de marzo de 1996 el Director Jurídico de la entidad informó a la contratista la “aceptación de la oferta 071 del 1.03.96” y de la garantía de cumplimiento del 15 de marzo de 1996.

viii) El 18 de marzo la compañía de Seguros La Equidad aclara que la póliza No. G03762905, corresponde a la Carta Contrato 071 y “no como se hizo figurar inicialmente”, es decir, a la del 11 de diciembre de 1995.

ix) El 18 de julio de 1996, las partes suscribieron un acta de terminación del “Contrato No. 071 del 01 de marzo de 1996”, en razón de que se había agotado el presupuesto de la entidad.

x) El 19 de julio de 1996 se suscribió la *Carta Contrato 000138*, en la cual la entidad dijo haberle aceptado a la contratista la propuesta presentada en la misma fecha, por valor de \$ 132'000.000 y un plazo de seis (6) meses.

xi) Las obligaciones previstas en la Carta Contrato 000138 se garantizaron por la compañía de Seguros La Equidad, a partir del 22 de julio de 1996. La aprobación de esta garantía se comunicó a la entidad el 26 de julio de 1996.

xii) Después de un cruce de comunicaciones entre funcionarios del ISS en Bogotá y los de la Seccional del Huila, acerca de la ilegalidad de los contratos de prestación de servicios de salud, finalmente, el 7 de febrero de 1997, la entidad le pidió al gerente de la sociedad demandada “no continuar con el convenio firmado a través del acta de compromiso de septiembre 6 de 1995”.

xiii) Según se deduce de los testimonios rendidos en el proceso, la sociedad contratista retiró los equipos de la entidad entre los meses de febrero y marzo de 1997, en vista de que no habían obtenido la renovación del contrato de prestación de servicios de salud y ya no le resultaba rentable continuar únicamente con el contrato de arrendamiento.

6.2. La elusión del procedimiento de selección y la causal de nulidad absoluta presentada.

Los hechos acabados de relacionar dan cuenta de que la entidad pública contratante no adelantó procedimiento administrativo de selección alguno tendiente a obtener la mejor propuesta, toda vez que en la misma fecha en la cual se suscribió el contrato de arrendamiento de dos consultorios médicos en la Clínica Federico Lleras Acosta, efectuó una serie de acuerdos que plasmó en un “*acta de compromiso*”, que contenía los elementos propios de una prestación de servicios de salud consistentes en la realización de exámenes diagnósticos a pacientes del ISS en la Seccional del Huila, a cambio de una suma de dinero.

Según se observa, se suscribieron varias *cartas contratos*, que en apariencia aceptaban supuestas propuestas presentadas por la sociedad contratista, cuyas fechas en muchas ocasiones no coincidían con la plasmada en la respectiva *carta contrato*²¹, cada una de los cuales se amparaba con su respectiva garantía única de cumplimiento y al parecer en alguna oportunidad la aseguradora ni siquiera sabía con exactitud cuál de las *carta contratos* estaba amparando y debió efectuar aclaraciones al respecto.

Como se narró en los testimonios rendidos en el proceso, realmente se trató de una sola relación jurídica que inició desde el 4 de septiembre de 1995 y terminó en el mes de febrero de 1997, lo cual lo corrobora la comunicación remitida por la

²¹ En la *carta contrato 0323*, suscrita el 11 de diciembre de 1995, se dijo aceptar una propuesta de septiembre 4 de 1995, misma fecha en la cual se acordaron los términos del acta de compromiso; la *carta contrato 071* se habría suscrito el 11 de marzo de 1996 y según comunicación calendada el 18 de marzo de 1996, en esa misma fecha, se habría aceptado la propuesta remitida por la sociedad demandada; la *carta contrato 000138* se habría suscrito el 19 de julio de 1996 y de acuerdo con lo plasmado en este documento la propuesta que se aceptaba tenía esa misma fecha.

Según el testimonio rendido por la señora Silvia Leonor Cabrera de Falla, Gerente de Salud y Seguridad Social en la Seccional del ISS, “*tan es obvio que se hizo la selección objetiva, que el contrato no se firma sino hasta un año después, porque primero había que esperar a que se instalaran los equipos, estuvieran en prueba y se acreditara de acuerdo al manual de acreditación*”. Esta afirmación no resulta coincidente con documento alguno de los allegados al proceso.

entidad a la sociedad contratista, en la cual le hace conocer su decisión de “no continuar con el convenio firmado a través del acta de compromiso de septiembre 6 de 1995”.

Si bien en el testimonio rendido por la señora Silvia Leonor Cabrera Falla, Gerente de Salud y Seguridad Social de la entidad para la época en la cual se suscribió el acta de compromiso, la entidad tuvo como oferentes a “la clínica central de especialistas, la clínica Nueva, y General de Provisiones, las tres se acreditaron y de ellas se buscó la que mejor le convenía al ISS”, el expediente no contiene información alguna que así lo acredite.

No se encuentra en el proceso elemento probatorio alguno que dé cuenta de que se hubieren adelantado por parte de la entidad los respectivos procedimientos de selección, que dieran cuenta, entre otras, de las siguientes actividades: i) la realización de estudios en los cuales se soportara la necesidad de efectuar la contratación, a los cuales alude, entre otros, el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80; ii) consagración de unas reglas claras, objetivas e imparciales que permitiesen a los interesados participar en igualdad de condiciones, como tampoco unos criterios de selección y de ponderación de los ofrecimientos; iii) invitación a formular propuestas para prestar los servicios diagnósticos; iv) presencia de las dos propuestas a las cuales aludía el reglamento; v) rastros de que las propuestas hubieren sido evaluadas y con base en esta evaluación se hubieren seleccionado las presentadas por la sociedad demandada.

Así pues, encuentra la Sala que en la celebración de los mencionados contratos se pretermitieron los procedimientos de selección objetiva, lo cual dio lugar a la vulneración de los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia, planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal, con lo cual se evidencia que los contratos de prestación de servicios de salud carecieron de uno de los elementos necesarios para su validez, en razón de que no se observó el procedimiento determinado por la ley para la selección del contratista.

La circunstancia anterior da lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil –incorporada a la Ley 80 de 1993, en virtud de lo normado en el primer inciso del artículo 44-, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, más concretamente, de aquellas que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, de manera más

precisa, de la prohibición general contenida en el ordinal 8 del artículo 24 de la mencionada Ley 80, en el sentido de que les está prohibido a las entidades estatales eludir los procedimientos administrativos de selección objetiva de sus contratistas, lo cual acarrea su nulidad por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común es esta la causal que se configura cuando un acto o un contrato contraviene al derecho público

En el presente caso, teniendo en cuenta que ha quedado plenamente demostrado que el acta de compromiso suscrita en septiembre de 1995, así como los contratos firmados en diciembre 11 de 1995 -0323-; febrero 12 de 1996 –de ampliación del plazo-; 11 de marzo de 1996 -071- y 19 de julio de 1996 -0138- se encuentran viciados de nulidad absoluta, en razón de que la Ley 80 de 1993 impone que sus contratistas sean seleccionados a través de los procedimientos previstos en la misma norma y que, asimismo, concurrieron al proceso las dos partes que celebraron los referidos negocios, procederá la Sala a efectuar la correspondiente declaratoria de nulidad absoluta de tales contratos.

Si bien la declaratoria de nulidad, en virtud de esta causal, relevaría a la Sala de analizar los demás cargos formulados, no obstante, se hará una breve referencia a aquellos a los cuales hizo referencia la parte actora, relacionados con los procedimientos de selección, con el propósito de precisar el asunto.

6.3. La Desviación de poder alegada.

Afirmó la actora que los contratos celebrados se encontraban afectados de nulidad absoluta en razón de la ocurrencia de desviación de poder, dado que se suscribió un contrato de arrendamiento, cuyo fin no era el arrendamiento de unos inmuebles, sino la prestación de los servicios de exámenes de diagnóstico a los afiliados del ISS en la Seccional del Huila.

Encuentra la Sala que de presentarse el alegado vicio, éste correspondería al contrato de arrendamiento de los consultorios en la Clínica Federico Lleras Acosta, asunto del cual no conoce esta Jurisdicción, en virtud de que en tal contrato se pactó cláusula compromisoria.

Ahora, específicamente, en relación con los contratos de prestación de servicios, si bien se eludió el procedimiento administrativo de selección, lo cual, según se

explicó, vulnera normas de orden público, en el proceso no se acreditó que estos contratos se hubieran realizado con un fin diferente a aquel que la Ley persigue con la prestación de estos servicios de salud, en este caso, la atención de los pacientes afiliados al ISS en esa seccional.

Así pues, desestima la Sala la nulidad absoluta en virtud de la causal de desviación de poder, consistente *“en el hecho de que una autoridad administrativa, con la facultad de expedir un acto ajustado a las ritualidades de forma, lo ejerce no con el fin y competencia para el cual fue investido, sino que lo utiliza para otros fines”*²², en razón de que tal desviación no se acreditó y como ha sido señalado por la Jurisprudencia de esta Corporación *“es obligación de quien alegue desvío de poder, aportar las pruebas necesarias que lleven al juez de la causa a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para expedir el acto [en este caso el contrato], no obedecieron al buen servicio”*²³.

6.4. La prohibición legal.

Afirmó la entidad accionante que la celebración de los contratos entre el ISS y la firma contratista no tuvieron en cuenta los trámites que establece la Ley 80 de 1993 respecto de la contratación directa, por cuanto el contrato de prestación de servicios se adjudicó a un contratista por el hecho de ser el arrendatario de unos equipos, lo cual constituía una prohibición legal.

Según ha sido expuesto por la jurisprudencia de la Sala, para que se configure esta causal de nulidad, consagrada en el segundo ordinal del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es preciso que se presente una violación al régimen de prohibiciones y que, además, la prohibición sea explícita²⁴, además, según lo ha expresado la Jurisprudencia de esta Corporación, no toda transgresión a una prohibición genérica conduce a una nulidad absoluta con base en esta específica causal y como se anotó anteriormente, el vicio ocurriría con base en otra causal, en este caso, la prohibición legal.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de agosto 12 de 2009, radicación 25000-23-25-000-1999-07269-01(4334-05), CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Si bien se vulneró el principio de selección objetiva y se eludieron los procedimientos de selección, el contrato de prestación de servicios de salud no es de aquellos que se encuentren prohibidos por la ley y, por el contrario, para esa época se encontraba regulado en el artículo 24 numeral 1, letra J, así pues, la alegada nulidad con base en esta causal no tiene vocación de prosperidad.

7. Restituciones mutuas.

Si bien la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en el cual se encontraban con antelación a la celebración del mismo, sin embargo, no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas trae consigo la obligación de efectuar restituciones mutuas de lo recibido por cada una de ellas, dado que en algunas situaciones tal obligación puede resultar imposible de cumplir, toda vez que no es posible volver las cosas al estado inicial. Al respecto se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Sala, en una de cuyas providencias sostuvo lo siguiente:

“La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., cuyo texto es el siguiente:

‘La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita’.

La Corte Suprema de Justicia²⁵ ha ilustrado respecto de las restituciones mutuas, surgidas como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato, en el siguiente sentido:

(...) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la

²⁵ Nota original de la sentencia citada: Sentencia S 009 proferida por la Sala de Casación Civil el 26 marzo de 1999.

misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.).’

Pero no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas acarrea, como consecuencia para las partes que intervienen en la relación contractual, la obligación de la restitución mutua de lo recibido por ellas, sencillamente porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, tema sobre el cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera²⁶ en los siguientes términos:

*‘Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero **es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)**’ (El resaltado no es del texto)*

(...)

Así pues, aunque el contrato 206 de 1993 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por cuanto resulta materialmente imposible que se pueda retrotraer el contrato al punto tal que el contratista pueda deshacer los servicios públicos prestados o las construcciones realizadas en el bien objeto del contrato, para que, a su vez, la entidad estatal devolviera los valores recibidos a manera de cánones de arrendamiento.

Por lo anteriormente expuesto, forzoso es concluir que en el presente caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual” (subrayas fuera del texto original).’²⁷

En consecuencia, siguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al cual se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al

²⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de febrero de 2006, Expediente 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 250002326000199501052-01 (15.004).

estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado los contratos declarados nulos, toda vez que éstos corresponden a negocios jurídicos de tracto sucesivo, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

8. Compulsa de copias.

Esta Corporación ordenará compulsar copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, en lo que corresponde a sus respectivas competencias, en tanto encuentra que las contrataciones realizadas, sin adelantar los respectivos procedimientos administrativos de selección, resulta contraria al ordenamiento jurídico.

9. Costas.

Dado que para el momento en el cual se dicta este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia proferida el 19 de junio de 2001 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta de los siguientes contratos de prestación de servicios de salud suscritos por el **ISS y por la sociedad GENERAL DE PROVISIONES LTDA.:** i) el acta de

compromiso de septiembre 6 de 1995 y ii) los contratos de prestación de servicios de salud celebrados en diciembre 11 de 1995 -0323-; febrero 12 de 1996 –de ampliación del plazo-; 11 de marzo de 1996 -071- y 19 de julio de 1996 -0138-.

SEGUNDO: COMPULSAR copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA