

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Competencia – Controversias generadas con entidades públicas

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación de la respectiva entidad [...] Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudia la demanda contra el acto que declaró la caducidad de un contrato celebrado por el Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado, luego fusionado y subrogado en sus obligaciones por el Hospital del Sur Empresa Social del Estado, ambas con naturaleza de entidad pública por ser Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C, se concluye que existe competencia del Consejo de Estado para conocer de la apelación y proceder a dictar el fallo que corresponda.

AUSENCIA DE LA ASEGURADORA EN EL LITIGIO – No es causal de nulidad procesal

La Sala considera importante advertir que la comparecencia de la sociedad aseguradora que otorgó el amparo de cumplimiento del contrato estatal no constituye un requisito obligado para integrar el contradictorio necesario en la acción contractual, aún cuando allí se discuta la caducidad o el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista afianzado. En este orden de ideas, por la ausencia de la aseguradora no se causa nulidad alguna sobre el proceso judicial. En efecto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la aseguradora tiene derecho a comparecer al proceso contractual o a demandar por separado dentro del término legal de la caducidad, por cuanto no se trata de un litis consorte obligatorio.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico contractual – Aplicación derecho privado

La Ley ha establecido, para determinadas entidades o para determinados contratos, excepciones a la aplicación del estatuto de contratación estatal y ha preferido la aplicación del derecho privado en la actividad contractual de las entidades estatales, tal como se estableció en la Ley 100 de 1993 para la contratación de los Hospitales públicos organizados bajo la forma de Empresas Sociales del Estado -ESE-. Usualmente la justificación de las leyes que hacen prevalecer el derecho privado en determinado contrato estatal se hace consistir en que la respectiva actividad del Estado se desarrolla en un sector en que resulta posible la concurrencia tanto de entes públicos como privados, circunstancia que ha llevado al legislador a unificar la normativa de contratación aplicable, de manera que el Estado y el particular que despliegan su intervención en el mismo sector económico, se ubiquen bajo un mismo estatuto contractual para efectos de adelantar su actividad en condiciones equitativas.

CONTRATACION ESTATAL – Regida por los principios de la función administrativa

Siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política: por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone.

INTENCION DE LAS PARTES – Regla de interpretación del contrato estatal

En relación con la intención de adicionar el valor del contrato, que luego la contratista alega como obligación incumplida, no existe prueba de que el Hospital hubiera asumido tal compromiso; por el contrario, está probado que la contratista conoció y aceptó la limitación derivada del valor del presupuesto disponible. [...] la intención de la contratista no fue la de obligarse a prestar un servicio sin remuneración o pago y, por el contrario, se observa que obró bajo la claridad de vincular la continuidad del contrato a la existencia de presupuesto disponible.

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

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá., D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01561-01(25590)

Actor: MARTHA CECILIA REYES PARDO

Demandado: HOSPITAL KENNEDY E.S.E. HOY HOSPITAL DEL SUR E.S.E.

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO.- Declarar la nulidad de las resoluciones No. 0077 de abril 7 de 1998 y 0157 de junio 26 de 1998, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 054 de abril 10 de 1997.

SEGUNDO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Sin condena en costas.” (fl 90, c 3)

1. ANTECEDENTES

1.1 Lo que se demanda.

Por medio de escrito presentado el día 6 de julio de 2000 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, demandó al Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado, establecimiento público de orden distrital¹, con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

¹ Sustituido por Hospital del Sur Empresa Social del Estado, producto de la fusión ordenada entre el Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado y el Hospital Trinidad Galán I nivel, de conformidad con el Acuerdo 11 de 22 de junio de 2000 del Concejo de Santafé de Bogotá, por el cual se fusionan algunas empresas sociales del estado adscritas a la Secretaría Distrital de Salud. Este acuerdo ordenó “subrogar en la Empresas Sociales del Estado que resultan de la fusión ordenada mediante el presente acuerdo, las obligaciones y derechos de toda índole pertenecientes a las Empresas Sociales del estado fusionadas”.

"I DECLARACIONES Y CONDENAS"

"PRIMERA - Que son nulas las Resoluciones No. 0077 de fecha 7 de abril de 1998 y 0157 de fecha 26 de junio de 1998, expedidas por la Gerente del Hospital de Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado, notificadas el 15 de abril y el 6 de julio de 1998, mediante las cuales se declaró la caducidad por el presunto incumplimiento de las obligaciones y objeto del contrato No. 054 – 97 de fecha 10 de abril de 1997, celebrado entre la entidad demandada y mi representada, y se resuelve el recurso de reposición, interpuesto ante aquella confirmándola respectivamente."

"SEGUNDA - Condénase al HOSPITAL KENNEDY PRIMER NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO a pagar a MARTHA CECILIA REYES PARDO, el valor de los perjuicios de orden material – daño emergente y lucro cesante- que fueron inferidos con ocasión de la abrupta terminación del contrato, los cuales se tasan en más de \$87.000.000.00 moneda corriente (Ochenta y siete millones de pesos) de conformidad con lo que me propongo probar en el proceso, monto este que ha sido actualizado en su valor."

"TERCERA – A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

1.2 Los hechos.

1.2.1. Según indica el apoderado de la demandante, la señora Martha Cecilia Reyes Pardo celebró el 10 de abril de 1997 con el Hospital de Kennedy Primer Nivel de Atención Empresa Social del Estado, el contrato de prestación de servicios No. 054-97, en virtud del cual la contratista de manera independiente, es decir sin que existiera subordinación laboral, utilizando sus propios medios pero contando con el apoyo logístico del Hospital Kennedy 29 PNA en las instalaciones de éste, en el Centro de Salud Class o UPA 91, se comprometió bajo los siguientes aspectos:

a) Como objeto del contrato se pactó la prestación del servicio de laboratorio clínico de baja complejidad a la población autorizada por el Hospital que contemple el POSS y POS.

b) El valor de las obligaciones contraídas por el Hospital se cancelarían mediante pagos mensuales dentro de los diez (10) primeros días calendario, en un porcentaje del 65% para la contratista y 35%, del recaudo restante, ingresaría al presupuesto del Hospital.

c) El contrato se ejecutó hasta donde fue físicamente posible por la parte contratista con equipos, elementos y materiales suministrados por la contratista.

d) El término del contrato se fijó en dos (2) años.

e) Según se indica en la demanda, el valor del contrato fue estimado para el primer año en la suma de dieciocho millones de pesos (\$18'000.000.00) m/cte y

“para el segundo año por el valor que se acordara entre las partes, previo estudio de los ajustes hechos para el nuevo año de los estados financieros, estadísticos y presupuestales que en aquel momento mi poderdante presentó al Hospital.”

1.2.2. El apoderado de la demandante narró que al momento de discutir el contrato la señora Martha Cecilia Reyes Pardo advirtió al Director del Hospital la insuficiencia de la cuantía estimada en el contrato frente a la demanda de la población objeto del servicio, no obstante lo cual la contratista inició la ejecución del servicio el 23 de mayo de 1997, previa aprobación de la garantía única de seguro de cumplimiento realizada el 15 de abril de 1997 y de la fijación de las tarifas por el Hospital. Agregó que la actora contrajo obligaciones bancarias con el objeto de suministrar los equipos, insumos y materiales para el referido contrato.

1.2.3. Afirmó la demandante que el 16 de junio de 1997 el entonces Director Encargado del Hospital le propuso acortar el término de duración del contrato hasta el 31 de diciembre de 1997, teniendo en cuenta la insuficiencia de recursos para realizar los pagos. La demandante envió comunicación escrita de la misma fecha, en la que no aceptó la modificación expresada.

1.2.4. En comunicación del 18 de junio de 1997 la demandante se dirigió a la Asesora Jurídica del Hospital y manifestó su preocupación por la limitada estimación de la cuantía y solicitó se le informara si el contrato sería o no adicionado, porque de lo contrario se vería en la necesidad de suspender el servicio en el momento en que se agotara la cuantía.

1.2.5. En comunicaciones de septiembre 5, octubre 6 y diciembre 1º de 1997, dirigidas al Interventor del contrato, y de octubre 14 de 1997, dirigida a la Gerente del Hospital, la demandante reiteró la solicitud de adición y dejó expresa constancia de que en el evento de no producirse la mencionada adición, se vería en la necesidad de suspender el servicio.

1.2.6. Según indicó en la demanda, en el mes de noviembre, la actora presentó de acuerdo con la demanda de servicio efectivamente evidenciada por ella, un estudio sobre necesidades y sugerencias, estableciendo un presupuesto requerido de ciento veinte millones de pesos (\$120'000.000) M/CTE para todo el primer año. Según afirmó en la demanda, el estudio presentado fue avalado por el interventor del contrato.

1.2.7. El día 17 de diciembre de 1997, la señora Martha Cecilia Reyes Pardo informó por escrito que la cuantía estimada para el primer año se había agotado y en consecuencia se veía en la necesidad de suspender el servicio, a lo que en efecto procedió.

1.2.8. La demandante se dirigió, en ejercicio del derecho de petición, a la Personería de Bogotá D.C., a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Gerente del Hospital y a la Contraloría de Bogotá.

1.2.9. Según la demanda, la Contraloría en una primera respuesta indicó que la acción a seguir era agotar la vía gubernativa y la contencioso administrativa. En una segunda respuesta la Contraloría informó que en visita al Hospital constató la existencia de un certificado de disponibilidad presupuestal 056 del primero (1º) de febrero de 1998 que ampararía la adición al contrato. El Interventor del contrato, por su parte, indicó que hasta ese momento no se le había notificado adición alguna.

1.2.10. Mediante comunicación del 26 de febrero de 1998, el interventor requirió a la contratista el estricto cumplimiento del contrato, ante lo cual la señora Reyes Pardo manifestó haber cumplido el contrato e indicó que el servicio se prestó hasta que se agotó la cuantía estimada de dieciocho millones de pesos (\$18'000.000) M/CTE.

1.2.11. El 16 de marzo de 1998 la demandante dirigió una nueva petición con el objeto de que se le informara sobre el valor que tendría el contrato para el segundo año. El Hospital contestó que hasta ese momento no se había expedido el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y que la contratista estaba incumpliendo con la ejecución del contrato.

1.2.12. El 7 de abril de 1998, a través de la Resolución No. 0077, el Hospital declaró la caducidad del contrato 054-97. Por su parte, la señora Martha Cecilia Reyes Pardo presentó recurso de reposición. Igualmente propuso recurso la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza. Mediante resolución 0157 del 26 de junio de 1998, la gerente del Hospital confirmó la resolución 0077 y ordenó la práctica de una inspección judicial, con el fin de tasar el valor del incumplimiento.

1.2.13. La parte actora manifestó que el 31 de julio de 1998 se inició la inspección judicial ordenada por el Hospital, la cual no pudo culminarse por cuanto no se tenían al momento todos los documentos requeridos para evacuar la prueba, dejando fecha abierta para su continuación. En la relación de los hechos la parte actora hizo constar que hasta la fecha de la demanda no ha sido citada para culminar la diligencia de inspección judicial ni se ha establecido el porcentaje del presunto incumplimiento.

1.2.14. La señora Martha Cecilia Reyes Pardo considera que no incurrió en incumplimiento del contrato y que *“si alguien incumplió el contrato y desconoció flagrantemente el estatuto contractual, fue el Hospital”* que, en consecuencia, le debe resarcir los perjuicios causados.

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En su demanda la parte actora consideró quebrantados los artículos 2º, 6º, 25, 124 de la Constitución Nacional, la Ley 80 de 1993, artículos 3º, 4º, 5º, 13, 14, 25, 26, 27 y 28 y demás normas concordantes ibídem, los artículos 1495, 1602, 1603, 1609, 1613 a 1617 y demás normas concordantes del Código Civil.

1.4. La actuación procesal.

1.4.1 Mediante auto de 31 de julio de 2000, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, a través de su apoderado y ordenó notificar al Director del Hospital y al Agente del Ministerio Público. (folio 41, cuaderno principal).

1.4.2 La Procuraduría 50 Judicial fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda, el 16 de agosto de 2000.

1.4.3 El Hospital del Sur Empresa Social del Estado contestó oportunamente el libelo introductorio del litigio, mediante escrito radicado el 15 de noviembre de 2000. El Hospital manifestó tener la personería para actuar en virtud del Acuerdo 11 de 2000 del Concejo de Bogotá D.C., como resultado de la fusión ordenada por

la citada normativa. El Hospital presentó sus consideraciones sobre la demanda y expresó que la situación planteada se debió a la acción de la demandante *“enfrentada al problema de tener un contrato agotado en su valor, debidamente cancelado y que no se podía terminar porque la contratista insistía en que se debía adicionar en valor”*. Indicó que por la carencia de recursos propuso dar por terminado el contrato, pero la contratista no aceptó. *“Tal obstinación solamente podía resolverse en una forma y era declarando la caducidad del contrato, ya que la contratista se había obligado a prestar sus servicios por el tiempo estipulado en el contrato y no lo estaba haciendo”*.

En sus peticiones el Hospital solicitó *“se declare la nulidad”* y *“se nieguen las pretensiones de la demandada, toda vez que el acto demandado y las consecuencias que produjo se ajustan a derecho”* (folios 47 y 48, cuaderno principal).

1.4.4. Ninguna de las partes solicitó la vinculación al proceso judicial de la Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, si bien en el artículo segundo de la Resolución 077 de 1998, cuya nulidad se demandó, la entidad estatal contratante ordenó la efectividad de la garantía correspondiente al amparo otorgado por la citada aseguradora, decisión que se confirmó en la Resolución 157 de 26 de junio de 1998, misma en la que dicha entidad estatal ordenó las pruebas para la tasación del perjuicio. En las consideraciones previas al fallo la Sala se pronunciará específicamente sobre este aspecto, pero desde ahora advierte que no era necesaria la citación de la aseguradora, sin olvidar que como no hizo parte en el proceso, la Sala no se pronunciará sobre la posición de la aseguradora al desatar el recurso impetrado, sin perjuicio de los efectos que puedan derivarse de la sentencia.

1.4.5. Con providencia de fecha 5 de abril de 2001 (folios 65 a 69, cuaderno principal) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca evaluó la solicitud de pruebas del demandante y advirtió que se les dará el valor a las documentales aportadas de acuerdo con la ley. Por otra parte, denegó las pruebas testimoniales y la inspección judicial solicitadas por la demandante, por no considerarlas necesarias para estudiar la controversia, toda vez que *“los hechos a probar o desvirtuar se concretan básicamente en la legalidad de la decisión”*. Igualmente decidió no decretar el interrogatorio de parte del Representante Legal del Hospital demandado, por aplicación del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual no puede provocarse la confesión del representante del ente público. (folios 65 a 69, cuaderno principal)

1.4.6 Vencido el término probatorio y no habiendo solicitud de audiencia de conciliación, el 17 de agosto de 2001, el Tribunal dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo. En esa ocasión se pronunciaron las partes; la Agencia Fiscal guardó silencio.

1.4.7 La parte actora intervino, para solicitar *“se acojan las pretensiones formuladas con el escrito de demanda, las cuales hallan amplio sustento en los documentos allegados”*. (folio 79, cuaderno 1)

1.4.8 El Hospital del Sur Empresa Social del Estado, a su turno, expuso en sus alegatos que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas, toda vez que a su juicio:

“... los hechos que dieron lugar a la declaratoria de caducidad del contrato no pueden ser imputados a su defendida toda vez que no existió de su parte incumplimiento alguno del contrato”.

(...)

“El Hospital no estaba obligado a adicionar un contrato por la voluntad de la entonces contratista, pues debía contar para ello con la disponibilidad que soportara la adición.” (folio 73, cuaderno principal)

Finalmente, en relación con la parte probatoria del proceso, el Hospital concluyó de la siguiente manera:

“...la parte accionante se limitó a exponer una relación de hechos que no respaldó con pruebas, por los que considero que debe concluirse que dichas aseveraciones no tienen fuerza suficiente que permita inferir la existencia de causal de anulación alguna”. (folio 73, cuaderno principal)

1.5. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró los aspectos sustanciales de la ejecución del contrato, de lo pactado para el pago en el segundo período y de los perjuicios solicitados por la demandante y resolvió en sentencia del 3 de julio de 2003, declarar la nulidad de las resoluciones número 0077 de abril 7 de 1998 y número 157 de junio 26 de 1998, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato 054 de abril 10 de 1997 y se confirmó dicha decisión, al tiempo que denegó las demás pretensiones, éstas últimas referidas a la indemnización de perjuicios solicitada por la parte actora.

El Tribunal *a quo* fundó su análisis en el texto del contrato No. 054 de 1997 y llegó a las siguientes conclusiones:

En el primer año de vigencia del contrato:

“Es claro para la Sala que no se está frente a un incumplimiento de la ejecución contractual por parte de la contratista; por el contrario se está frente a una terminación de la obligación de prestar el servicio habida cuenta de haberse agotado el estimativo económico acordado por las partes”.

Para el segundo año de vigencia del contrato, concluyó:

“... se desprende que el valor del contrato debía fijarse con posterioridad, de común acuerdo entre las partes y teniendo como base los parámetros señalados.”

“Se quiere significar que si las partes no fijaron este elemento del contrato, dada la naturaleza de su forma de pago, mal puede imputársele incumplimiento a cualquiera de ellas: por cuanto se reitera este punto correspondía al acuerdo de voluntades que no se presentó.”

En relación con los perjuicios solicitados, el Tribunal *a quo* consideró que la adición al valor del contrato no estaba pactada como una obligación contractual y por lo tanto concluyó que:

“no adicionar el contrato no conlleva incumplimiento contractual alguno y por consiguiente este perjuicio no tiene causa alguna”.

1.6 El recurso de apelación.

Inconformes con la decisión de primera instancia, las dos partes en contienda presentaron en oportunidad legal recurso de apelación en contra de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La parte actora, en la sustentación del recurso de apelación, insistió en su solicitud para condenar al Hospital por el valor de los perjuicios ocasionados por el daño emergente y el lucro cesante inferidos, cuya ejecución y efectividad solicitó en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con base en las siguientes consideraciones:

“Se halla suficientemente demostrado en el cuaderno No. 2 del expediente que en múltiples oportunidades mi procurada le puso de presente y por escrito a la entidad demandada la necesidad de adicionar el contrato incrementándolo en su valor por el primer año de su vigencia dado el gran volumen de pacientes vinculados a la U.P.A. 91 CLASS “(...)” Entonces si en el contrato se estableció que para el primer año de su vigencia, que estaba comprendido entre el 10 de abril de 1997 al mismo día de 1998, se tenía un presupuesto de \$18.000.000 y, este se agotó el 16 de diciembre de 1997, la contratista quedó inmersa en primer lugar a partir de esa fecha en situación tal que los equipos e insumos adquiridos por cuenta de ella para cumplir con el objeto del contrato, no tuvieron absolutamente ninguna utilización a partir de la fecha anotada.”
. (folios 112 a 116, cuaderno 3)

La parte actora agregó que la declaratoria de caducidad se produjo con antelación al vencimiento del primer año sancionando e inhabilitando a la doctora Martha Cecilia Reyes Pardo no sólo para suscribir contratos con otras entidades públicas sino que además tal hecho impidió acordar el valor del contrato para el segundo año. Lo anterior, no obstante que ella había puesto a consideración del interventor un informe de necesidades y sugerencias.

Según afirmó, la ausencia de gestión y la pasividad del Hospital, trajo consigo los perjuicios de orden patrimonial *“principalmente porque la dejó inactiva por varios meses y la privó del provecho que hubiera podido obtener en el evento de que se hubieran atendido sus peticiones”*.

Por último el apoderado de la demandante invocó la sentencia del Honorable Consejo de Estado respecto del equilibrio económico del contrato estatal, de mayo 9 de 1996, proferida por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, expediente 10.151, actor SOCIETE AUXILIARE D'ENTERPRISES –SAE– y destacó que, de acuerdo con esta jurisprudencia, la aplicación al principio del equilibrio contractual llega hasta el punto de no pérdida para el contratista (folios 112 a 116, cuaderno 3).

El Hospital del Sur Empresa Social del Estado, presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque el artículo primero de la decisión optada y que, en su lugar, se declare ajustada a derecho la Resolución No. 077 de Abril 7 de 1998 y el acto

administrativo 157 de junio 26 de 1998. Igualmente solicitó que se confirmen las demás decisiones de la misma providencia.

Como fundamento del recurso propuesto el Hospital anotó que se desconoció el tenor literal del contrato -que en su sentir es claro- y argumentó de la siguiente manera:

“No entiende este Hospital como la Primera Instancia, hace referencia hermenéutica a unas cláusulas que están absolutamente claras. De hecho la contratista no ha manifestado, dentro del caudal probatorio, que exista desconocimiento de la relación plazo – presupuesto, ella no está conforme es con la cuantía, la cual no estima que alcance el año, lo cual es otro asunto”. (...) “tanto la cláusula cuarta como la quinta del contrato en comento, delimitan tiempo y valor a un año, no a que los recursos se terminen, ese es otro convenio al cual el Hospital no concurrió ni se ha notificado, por esto, siempre se ha entendido el incumplimiento del contratista”. (...)”suspender la ejecución del contrato pactado a un año, a los 8 meses, es simple y llanamente Incumplir”. (folio 96, cuaderno 3)

Finalmente, el Hospital advirtió que probatoriamente no se ha desvirtuado la procedencia fáctica del incumplimiento decretado.

1.7 Trámite de la segunda instancia.

A través de la providencia calendada el 31 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación (folio. 106, cuaderno 3), mismo que fue admitido por el Consejo de Estado mediante auto de fecha 19 de diciembre de 2003 (folio 125, cuaderno 3); posteriormente, con proveído del 5 de febrero de 2004 se corrió traslado al Ministerio Público para rendir concepto de fondo, así como a las partes para alegar de conclusión en la segunda instancia (folio. 127, *ídem*), oportunidad dentro de la cual la demandante presentó alegato y la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

En ese estado del proceso el apoderado del Hospital demandado promovió incidente de nulidad mediante escrito radicado el 15 de mayo de 2006, con fundamento en numeral 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por supuesta falta de competencia del Tribunal para conocer del caso, en atención al régimen jurídico de derecho privado que rige los contratos de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud. La Sección Tercera del Consejo de Estado corrió traslado a la parte actora, que presentó sus consideraciones sobre el incidente de nulidad y mediante providencia del 13 de octubre de 2006, al resolver sobre el mencionado incidente, la Sala puso de presente la competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para proferir la sentencia de primera instancia y resolvió negar la solicitud de nulidad (folios 201 a 203, cuaderno 3).

En consecuencia, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, en criterio de la Sala resulta necesario, con el fin de desatar los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, adelantar el estudio de los siguientes temas: 1) la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; 2) la ausencia de la aseguradora en el litigio; 3) el caudal probatorio obrante en el expediente; 4) el régimen legal del contrato de prestación de servicios celebrado por el Hospital como Empresa Social del Estado; 5) aplicación de las reglas de interpretación del contrato; 6) la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato; 7) la nulidad parcial de la cláusula de terminación unilateral; 8) la prueba de los perjuicios; 9) los fundamentos de derecho de las pretensiones y 10) costas.

2.1. Competencia del Consejo de Estado.

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que: i) la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó por la demandante en la suma de \$87'000.000, valor que resulta superior al exigido para que un proceso iniciado en el año 2000 tuviera vocación de doble instancia, esto es \$26'390.000, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988; ii) La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con el contrato 054 de 1997 en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993,² el cual prescribe expresamente que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto en este caso el Hospital demandado tiene el carácter de entidad estatal. En el mismo sentido, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación de la respectiva entidad:

Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, se ha pronunciado la Sala así:³

² 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."

³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’,** y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”⁴ (Negrilla fuera del texto).*

“De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.”

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”⁵

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el presente caso se estudia la demanda contra el acto que declaró la caducidad de un contrato celebrado por el Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado, luego fusionado y subrogado en sus obligaciones por el Hospital del Sur Empresa Social del Estado, ambas con naturaleza de entidad pública por ser Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C, se concluye que existe competencia

⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

del Consejo de Estado para conocer de la apelación y proceder a dictar el fallo que corresponda.⁶

2.2. La ausencia de la aseguradora en el litigio.

La Resolución 077 de 1998 expedida por el Gerente del Hospital de Kennedy Primer Nivel, confirmada por la Resolución 157 de 1998, cuya nulidad ha sido demandada, contiene tanto la decisión de declarar la caducidad del contrato 054 de 1997, como la declaración de hacer efectiva la garantía expedida por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, por valor de \$1'800.000.

Se observa que la aseguradora no fue llamada al proceso judicial que inició la contratista, ni por las partes ni por el Tribunal *a quo*. La Sala considera importante advertir que la comparecencia de la sociedad aseguradora que otorgó el amparo de cumplimiento del contrato estatal no constituye un requisito obligado para integrar el contradictorio necesario en la acción contractual, aún cuando allí se discuta la caducidad o el incumplimiento del contrato estatal por parte del contratista afianzado. En este orden de ideas, por la ausencia de la aseguradora no se causa nulidad alguna sobre el proceso judicial.

En efecto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la aseguradora tiene derecho a comparecer al proceso contractual *o a demandar por separado* dentro del término legal de la caducidad, por cuanto no se trata de un *litis consorte obligatorio*. Sobre el particular la Sección Tercera ha concluido:

“En suma, es aplicable este tipo de litis consorcio a la cuestión analizada porque:

(i) Entre el asegurado contratista y la aseguradora existe una relación material sustancial originada en un contrato de seguro (vínculo jurídico) que los legitimaría para actuar como parte activa en el proceso;

*(ii) Cuando cualquiera de los afectados, esto es aseguradora o el asegurado contratista demande el acto administrativo, **el otro no tiene porqué ser citado al proceso, por cuanto está en su derecho de demandarlo o no hacerlo, no obstante lo cual de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, los efectos de la nulidad del acto declarada en la sentencia afectan a quien no decidió demandar por virtud de la fuerza de la cosa juzgada que le otorga la misma; igualmente, la negativa de la nulidad tiene por efecto la cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con el vicio que fue objeto de juzgamiento, situación que le impide al otro afectado volver a solicitar el enjuiciamiento del acto por el mismo defecto.***

⁶ Ley 100 de 1993 Artículo. 194. "Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo

(iii) Si bien la aseguradora o el asegurado contratista, según el caso, no requieren ser citados al proceso, pues basta que uno sólo de ellos demande, quien no lo haga puede concurrir e intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre, antes de dictarse fallo de única o segunda instancia (art. 52 C.P.C), y con todas la prerrogativas de la parte activa siempre que respecto de ella no haya operado la caducidad para ventilar en sede judicial sus pretensiones, porque hay que recordar que al contrario de lo que sucede con la nulidad, los efectos del restablecimiento del derecho dispuestos en la sentencia sólo aprovechan a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor, intervención que, por supuesto, debe hacerse antes de que se hubiese configurado dicho fenómeno procesal de la caducidad.

(iv.) Para dictar sentencia frente a la litis no se requiere la comparecencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista, pues es suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos.

Dadas estas circunstancias, encuentra la Sala que no se configura nulidad procesal alegada por el Ministerio Público, por cuanto, en este evento se está en presencia de un litisconsorcio cuasinecesario o, en gracia de discusión, sobre la naturaleza de esta figura, en un litis consorcio facultativo.”⁷ (La negrilla no es del texto)

2.3 El caudal probatorio obrante en el expediente.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁸ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Por ello, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.⁹, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención

⁷ Consejo de Estado; Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 23 de 2011, Radicación: 05001-23-26-000-1994-00558-01, expediente 20810, CP Ruth Stella Correa Palacio, Demandante: Sistemas Integrados Eléctricos Ltda Sintel Ltda, Demandado: Departamento de Antioquia

⁸ Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

⁹ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

(artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C.¹⁰, éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

“El artículo 25 citado se refiere a los “documentos” y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de

¹⁰ El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para el día 5 de abril de 2001, fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso (folio 65 a 69). No obstante se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor: “En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica en forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887, que prescriben, en su orden:

“Artículo 39. Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.”

El artículo 40 de la ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 dispone: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Establecido el marco normativo para el análisis de los documentos dentro del proceso judicial, a continuación se relaciona el material probatorio acopiado, cuya valoración resulta necesaria con el propósito de resolver los problemas jurídicos que se dejaron planteados en el recurso de apelación:

2.3.1. Copia auténtica del “CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. 054. 97” (folios 1 a 5, cuaderno 2) presentado con los siguientes documentos anexos que hacen parte integral del citado contrato de acuerdo con la cláusula décimo novena: original de la Garantía Única de Seguro de Cumplimiento No. 528151 expedida por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza con tomador Martha Cecilia Reyes Pardo y asegurado Hospital Kennedy 29 Primer Nivel de Atención; original de la constancia de pago de la póliza (folios 6 y 7, cuaderno 2) y original de la propuesta para el servicio de laboratorio presentada por Martha Cecilia Reyes Pardo en carta de fecha marzo 3 de 1997 dirigida al doctor Antonio Munir Villa Director del Hospital de Kennedy 29 P.N.A.(folios 10 y 11, cuaderno 2)

2.3.2. Fotocopia auténtica del original del “OTROSÍ No. 001” al contrato No. 054 – 97, suscrito el 28 de julio de 1997. En el citado Otrosí se modifican la cláusula quinta de la forma de pago, en cuanto a que las tarifas a aplicar serán las que determine el Hospital y no las del SOAT como se había indicado en el texto inicial del contrato y la cláusula novena en cuanto a la identificación y valor de la denominada imputación presupuestal.

2.3.3. Original de la carta de junio 16 de 1997 suscrita por la señora Martha Cecilia Reyes, dirigida al Director (E) del Hospital Kennedy 29 P.N.A., en la que indica que no está de acuerdo en variar el término del contrato de 24 meses a 8 meses.

2.3.4. Original de la carta de junio 18 de 1997, suscrita por la señora Martha Cecilia Reyes, dirigida a la Asesora Jurídica del Hospital Kennedy 29 P.N.A en la que se refiere a una manifestación del Director de Hospital en cuanto a que el contrato sería adicionado y pregunta si tal manifestación se va a respetar.

2.3.5. Original de las cartas de septiembre 5, octubre 6, noviembre 5 y diciembre 1º de 1997, suscritas por la señora Martha Cecilia Reyes, dirigidas al Interventor del contrato, con firma ilegible de recibido, en la que presenta informe y resumen de actividades y advierte la insuficiencia del presupuesto. No se adjuntaron los recibos de caja, ni las cuenta de cobro anunciadas en las comunicaciones citadas.

2.3.6. Fotocopia simple de la cuenta de cobro de junio 10 de 1997 de la señora Martha Cecilia Reyes, en relación con los pacientes atendidos. No se tendrá en cuenta esta prueba en cuanto presenta documentos en copia, pero se advierte que el número de pacientes atendidos no hace parte del tema objeto del recurso.

2.3.7. Fotocopias simples de las certificaciones de cumplimiento del contrato No. 054-97, para los periodos correspondientes a 23 de mayo a 31 de mayo de 1997 (folio 128, cuaderno 2); 1º de junio a 30 de junio de 1997 (folio 132, cuaderno 2); 1º de julio a 31 de julio de 1997 (folio 138, cuaderno 2); 1º de agosto a 31 de agosto de 1997, 1º de septiembre a 30 de septiembre de 1997 (folio 148, cuaderno 2); 1º de octubre a 31 de octubre de 1997 (folio 152, cuaderno 2); 1º de noviembre a 30 de noviembre de 1997 (folio 156, cuaderno 2); todas ellas expedidas por el señor Edgar Valmore como Interventor del contrato. Se advierte que por tratarse de fotocopias simples de documentos públicos no se tendrán en cuenta como pruebas, si bien se observa que no se discute en este recurso ni en las Resoluciones atacadas, el cumplimiento del contrato en los meses que se relacionan en las citadas certificaciones.

2.3.8. Fotocopia autenticada de la certificación de cumplimiento expedida para el período comprendido entre el 1º de diciembre y el 17 de diciembre de 1997 suscrita por el señor Edgar Valmore Rodríguez.

2.3.9. Fotocopias de las siguientes órdenes de pago: número 586 de agosto 11 de 1997 por la suma de \$550.160, sin firmas del Jefe de Presupuesto ni constancia de cancelación; número 585 de agosto 11 de 1997, por la suma de \$1'810.584, sin firmas del Jefe de Presupuesto ni constancia de cancelación; número 595 de agosto 12 de 1997 por la suma de \$2'560.034; número 739 de octubre 15 de 1997 por la suma de \$2'968.225, sin firmas del Jefe de presupuesto, ni de contabilidad, con sello de original firmado por el ordenador del gasto; número 739 de octubre 15 de 1997 por la suma de \$2'968.225, sin firmas del jefe de presupuesto y número 740 de octubre 15 de 1997 por la suma de \$2'968.225 (folio 149, cuaderno 2). No se tendrán en cuenta estas pruebas por no ser documentos originales, ni contar con las firmas de quienes los emitieron y tramitaron, aunque la Sala advierte que no se discute en este recurso de apelación la existencia ni la procedencia de los pagos realizados bajo el contrato 054-97.

2.3.10. Original de la cuenta de cobro por exámenes de laboratorio, durante el mes de junio de 1997. No se adjuntaron los originales de los recibos de caja oficiales, anunciados en la cuenta, con lo que el documento aparece incompleto por la falta de anexos, pero se advierte que no se discute en este recurso la existencia ni la procedencia del pago respectivo.

2.3.11. Original de la comunicación de Octubre 30 de 1997, suscrita por el Jefe de Diagnóstico, -a su vez Interventor del contrato- y la Directora del Hospital en la que solicitan un informe a la doctora Martha Cecilia Reyes.

2.3.12. Original de la carta de noviembre 6 de 1997, suscrita por la señora Martha Cecilia Reyes en la que presenta informe sobre a los aspectos positivos, necesidades y sugerencias del contrato, en respuesta a lo solicitado. A esta carta

se acompaña un informe sobre necesidades y presupuesto sugerido para 1998 (folios 24 a 32, cuaderno 2).

2.3.13. Original de la comunicación de diciembre 17 de 1997 suscrita por la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, dirigida al interventor del contrato, con cuatro (4) firmas ilegibles de recibido de diciembre 18 de 1997, en la que informa que el presupuesto asignado al contrato se agotó, ***“viéndome en la necesidad de suspender el servicio, por lo tanto le solicito se haga una adición en un 50% más (\$9.000.000,00) O el que Usted considere oportuno (sic).”*** (La negrilla no es del texto).

2.3.14. Original del “ACTA DE SEGUIMIENTO AL CONTRATO No. 054 – 97” de fecha 20 de febrero de 1998, suscrita por Edgar Valmore, Interventor del contrato, Martha Cecilia Reyes Pardo, contratista y Emilia Torres Méndez, testigo (folios 56 y 57, cuaderno 2). En la parte final de esta acta se indica:

“El doctor Edgar Valmore explica que solicitó al Hospital la asignación de más dinero para el laboratorio para Diciembre de 1997 y en Enero de 1998 pero es potestad el (sic) Hospital Kennedy Primer Nivel concederla o no y hasta el momento no he sido notificado de adición alguna. Lee a continuación la CLAUSULA CUARTA que dice lo siguiente: “Para todos los efectos legales, fiscales y administrativos el valor del presente contrato se estima en la suma de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000.00) m/te para el primer año”. El Hospital Kennedy primer nivel ya ha pagado los \$18.000.000.00 de pesos por el primer año y este año aún no termina, el hecho que figure en el contrato un año implica que este debe cumplirse, por lo anterior le solicito a la doctora Martha Reyes acercarse a la Oficina Jurídica del Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado o la Dirección del mismo a la mayor brevedad posible con copia de esta acta a fin de tratar y resolver las implicaciones que tiene ésta cláusula”.

2.3.15. Original del Oficio GDTR-171-98 de febrero 26 de 1998, suscrito por Edgar Valmore, Jefe del Grupo de Diagnóstico Tratamiento y Rehabilitación, que era a su vez interventor del contrato, dirigida a la doctora Martha Cecilia Reyes, en la cual *solicita “estricto cumplimiento del objeto del contrato No. 054-97”* (folio 58 cuaderno 2).

2.3.16. Comunicación de marzo 6 de 1998 suscrita por la bacterióloga contratista Martha Cecilia Reyes, dirigida al interventor del contrato, con tres (3) firmas ilegibles en constancia de recibido, en la que da respuesta a la comunicación Oficio GDTR-171-98, manifiesta su extrañeza y advierte que la estimación de la cuantía se fijó en el contrato de manera global sin fijar un número máximo o mínimo y que ha cumplido con el contrato. En dicha comunicación afirma la contratista que:

“No debe olvidarse que desde el mes de Agosto de 1997 vengo insistiendo en que la cuantía del contrato no es suficiente, que las cuentas de cobro autorizadas y canceladas así lo demostraban, y que evidentemente la situación conducía ineludiblemente a la paralización del servicio, a menos que se hubieran tomado los correctivos pertinentes por parte de la administración”.

“pretender que continúe prestando el servicio, sin existir una adición al contrato, debidamente tramitada, acorde con los marcos legales, supone de hecho: 1 Que me vería abocada a no poder exigir el pago de los servicios prestados, rompiéndose la ecuación contractual la cual ya está desequilibrada”.

(...)

“Ahora bien, si recibo una orden escrita, en donde expresamente se me informe que debo continuar prestando el servicio, no obstante haberse agotado la cuantía estimada para el primer año en el contrato, emanada de la administración del Hospital, la cumpliré a cabalidad” (folios 59 a 63, cuaderno 2).

2.3.17. Original del Oficio GDTR-281-98 de abril 6 de 1998 suscrito por Edgar Valmore Rodríguez, interventor del contrato, dirigido a la asistente de la oficina jurídica del Hospital, con constancia de recibido con firma ilegible de abril 7 de 1998, con el que entrega el informe sobre laboratorios clínicos y el consolidado de contratación para bacteriología, anexa 20 folios. Se observa que las hojas foliadas de los anexos no llevan firmas, ni rúbrica, de manera que no resulta probada su integración al informe suscrito. No obstante, la Sala observa que el informe del interventor no hace alusión a los asuntos materia del incumplimiento del contrato que se controvierte en el proceso. (folios 68 a 88, cuaderno 2).

2.3.18. Copia auténtica de la Resolución No. 077 de abril 7 de 1998, expedida por la Gerente del Hospital Kennedy Primer Nivel de Atención, Empresa Social del Estado, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato 054 de 1997 por incumplimiento de las obligaciones y del objeto contratado, se hace efectiva la garantía correspondiente al amparo de cumplimiento, se da por terminado el contrato y se ordena su liquidación.

2.3.19. Original del escrito de abril 22 de 1998, que se referencia *“INTERPOSICIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN SUSCRITO POR LA SEÑORA MARTHA CECILIA REYES PARDO CONTRA LA RESOLUCIÓN NÚMERO 077 DEL 7 DE ABRIL DE 1998”*, con tres (3) firmas de recibido ilegibles, de fecha 22 de abril de 1998.

2.3.20. Escrito que supuestamente correspondería a un recurso de reposición, de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”, sin fecha ni firma. Se advierte que no se considerará como prueba por tratarse de un escrito sin firmas, pero como se ha observado en el presente proveído, la mencionada aseguradora no hace parte de éste proceso y la Sala no se pronunciará sobre ella. (folios 102 a 107, cuaderno 2)

2.3.21. Copia autenticada del original de la Resolución 0157 del 26 de junio de 1998 expedida por la Gerente del Hospital Kennedy Primer Nivel de Atención Empresa Social del Estado, por la cual resuelve, en primer lugar, confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución 077 y en segundo lugar, ordena decretar la inspección judicial solicitada por la Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA, *“a fin de que se tace el valor del incumplimiento”*. Esta Resolución se presenta con copia de la notificación a Martha Cecilia Reyes Pardo, de fecha 6 de julio de 1998. (folios 119 a 125, cuaderno 2).

2.3.22. Original del acta de la *“DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL”* de 31 de julio de 1998 suscrita por la representante de la Compañía de Seguros de

Fianzas S.A. CONFIANZA y por parte de la representante de la Oficina Jurídica del Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado. El acta citada no se encuentra suscrita por quien aparece como apoderado de la contratista Martha Cecilia Reyes Pardo. De acuerdo con el texto del acta “*se deja fecha abierta para la continuación de la presente diligencia la cual se comunicará por escrito a la contratista y a la aseguradora CONFIANZA S.A. una vez se tengan los documentos de los cuales se han dejado constancia faltan en la carpeta (sic)*” (folios 111 a 113, cuaderno 2)

2.3.23. Original del “*ACTA DE RETIRO DE EQUIPOS DE LABORATORIO CLINICO DE PROPIEDAD DE MARTHA CECILIA REYES PARDO*”, suscrita el 14 de septiembre de 1998 por Jaime Alberto Lobo, Director U.P.A. 91 Class y Martha Cecilia Reyes Pardo, Bacterióloga contratista.

2.3.24. Fotocopia simple de los estatutos CS Kennedy Acuerdo 001 de 1993 de la Junta Directiva del Hospital, sin firmas. No se tendrá en cuenta esta prueba, pero se advierte que los estatutos de la demandada no son materia de discusión en la *litis*.

2.3.25. Con el escrito que contiene la sustentación del recurso de apelación, presentado al Consejo de Estado el 10 de octubre de 2003, aparecen anexos -sin que medie una solicitud de pruebas-, los siguientes documentos: las liquidaciones de dos contratos de trabajo, una factura de mayo 7 de 1997 por concepto de insumos de laboratorio, un contrato de abril 20 de 1997 que se refiere a la compra de elementos de laboratorio, un formulario de solicitud de productos bancarios del CITIBANK de abril 23 de 1997 sin diligenciar espacios de radicación o verificación por parte del banco y copia simple de un reporte de la Central de Información Financiera CIFIN de 10 de octubre de 2003.

Los documentos mencionados no serán tomados como prueba, teniendo en cuenta que no fueron solicitados como tales en debida forma ni reúnen las condiciones para que puedan decretarse pruebas en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo¹¹. Además, no sobra anotar que las pruebas referentes a las trabajadoras del laboratorio, fueron solicitadas por la parte actora para ser recabadas mediante diligencia inspección judicial y el Tribunal las negó, por no considerarlas pertinentes respecto del asunto objeto de la *litis*. Finalmente respecto de los documentos relacionados con el endeudamiento bancario se observa que no son originales o copias auténticas expedidas por el Banco o la Central de Información CIFIN, en su caso.

Para concluir este punto, la Sala recuerda que el respeto a los términos procesales para presentar las pruebas y permitir la controversia sobre las mismas, resulta esencial al proceso judicial y a la defensa de los derechos constitucionales de las partes, como ha observado la Corte Constitucional en la sentencia C-416 de

¹¹ “ARTÍCULO 214. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les faltan para su perfeccionamiento.
2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.”

1994, con ponencia del Magistrado Armando Barrera Carbonell:

“El señalamiento de términos procesales da certeza y, por lo mismo, confianza a las actuaciones de las partes y del funcionario judicial; por consiguiente, los términos procesales contribuyen a garantizar la seguridad jurídica que es principio constitucional que se deduce de diferentes normas de la Carta, especialmente del preámbulo y de los artículos 1°, 2°, 4°, 5° y 6°”.

2.4. Régimen legal del contrato de prestación de servicios celebrado por el Hospital como Empresa Social del Estado.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado¹² en el sector salud se determinó así:

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

- 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".*
- 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
- 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.*
- 5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*
- 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.¹³**

¹² La descentralización administrativa en materia de salud fue impulsada al amparo de la Ley 10 de 1990 por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud y posteriormente con la Ley 60 de 1993, que estableció competencias territoriales y buscó que los Municipios fueran la base de la prestación de servicios de salud mínimo para el primer nivel de atención. Con la Ley 100 de 1993 se estableció la estructura legal de las Empresas Sociales del Estado, y se ordenó la transformación de todas las entidades descentralizadas del orden nacional y territorial cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud. Como consecuencia, los Hospitales públicos fueron sometidos a una transformación institucional, entre 1994 y 1995 para convertirse en Empresas Sociales del Estado, con la que se buscó fortalecer su infraestructura y mejorar su capacidad de gestión frente a la competencia.

¹³ La aplicación de los principios de contratación del derecho privado a las empresas sociales del estado, encuentra un antecedente en la Ley 10 de 1990, así: **“Artículo 24°.- 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 servicios de salud, podrán contratar con personas**

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.” (la negrilla no es del texto)

De acuerdo con la norma legal citada, el contrato número 054-97 suscrito el 10 de abril de 1997 se rigió por el derecho privado, circunstancia que la Sala tendrá en cuenta para establecer la ley aplicable en la interpretación del contrato, sin dejar de observar que tal interpretación debe hacerse con arreglo a los principios constitucionales que orientan la función administrativa¹⁴ y sus respectivos desarrollos legales, así como los principios que rigen el presupuesto público que se aplica a la respectiva contratación estatal, como se explicará más adelante.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política y el ya citado artículo 95 de la Ley 100 de 1993, en el caso particular de los contratos de las Empresas Sociales del Estado, la contratación debe tener siempre en cuenta que la salud es un servicio público y que el objeto social de la “ESE” como empresa estatal contratante lo constituye “*la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social*”.¹⁵

Para lo anterior, antes de entrar al análisis del contrato en particular, resulta útil detenerse en la identificación de la legislación aplicable. En principio, el derecho de la contratación estatal tiene dos grandes vertientes legales que aplican en el orden que a continuación se indica: 1) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, vigente para el momento en que se celebró el contrato 054 - 97¹⁶ y 2) Las disposiciones legales del derecho privado contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil que se aplican en lo pertinente, salvo en las materias particularmente reguladas por el estatuto de contratación estatal.¹⁷

No obstante, en muchos casos la Ley ha establecido, para determinadas entidades o para determinados contratos, excepciones a la aplicación del estatuto

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).

¹⁴ La aplicación del artículo 209 de la CP, de los principios generales de la ley 80 de 1993 y de las normas de responsabilidad de los servidores públicos, fue objeto de pronunciamiento específico por parte del Consejo de Estado, con respecto a las empresas sociales del estado, al resolver la consulta sobre los contratos de asociación de las mismas. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 6 de abril de 2000, Radicación número: 1263, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado.

¹⁵ En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional definió la exequibilidad de la creación legal de las Empresas Sociales del Estado realizada en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y se pronunció, así: “*En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley*”.

¹⁶ La ley 80 de 1993 continúa vigente con las modificaciones de las leyes 1150 de 2007, 1450 de 2011 y 1474 de 2011, entre otras.

¹⁷ Ley 80 de 1993, Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales.

de contratación estatal y ha preferido la aplicación del derecho privado en la actividad contractual de las entidades estatales, tal como se estableció en la Ley 100 de 1993 para la contratación de los Hospitales públicos organizados bajo la forma de Empresas Sociales del Estado -ESE-.

Usualmente la justificación de las leyes que hacen prevalecer el derecho privado en determinado contrato estatal se hace consistir en que la respectiva actividad del Estado se desarrolla en un sector en que resulta posible la concurrencia tanto de entes públicos como privados, circunstancia que ha llevado al legislador a unificar la normativa de contratación aplicable, de manera que el Estado y el particular que despliegan su intervención en el mismo sector económico, se ubiquen bajo un mismo estatuto contractual para efectos de adelantar su actividad en condiciones equitativas¹⁸.

En términos muy generales la diferencia entre el Estatuto de Contratación Estatal y el derecho común de los contratos, consiste en que el primero, en atención a las específicas finalidades de la contratación pública se rige por principios, requisitos y procedimientos para la contratación, al tiempo que otorga unas prerrogativas específicamente reguladas para las entidades estatales contratantes y exige unas cargas especiales a las partes del contrato, todo lo cual no es propio del derecho privado en el cual están llamadas a prevalecer, como regla general de contratación, la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de formas y la consensualidad del contrato.

En cualquier caso, lo cierto es que siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política¹⁹, por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la

¹⁸ La regla general actualmente se encuentra en la Ley 1150 de 2007, modificada por artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, así: "Artículo 14. *Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.* 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2º de la presente ley."

¹⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

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

Artículo 210. "Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado.

A su turno, el particular contratista del Estado debe conocer estos principios de la función administrativa y ser respetuoso de los deberes que la Constitución Política impone a la entidad contratante, de lo cual se colige que el particular contratista del Estado debe abstenerse de buscar el acceso al contrato o mejorar su ejecución en condiciones que -aunque serían válidas para la contratación entre particulares-. pueden comportar la violación o el desconocimiento de los principios de interés general que el Estado debe respetar en su contratación.

Con el mismo fundamento, el contratista particular también tiene derecho a que la entidad estatal contratante le reconozca la igualdad de acceso y le permita, dentro del marco contractual, la ejecución que resulte más eficaz, económica y ágil para los intereses de la comunidad, obviamente dentro del marco legal pertinente.

Por otra parte, debe tenerse presente también la existencia y el carácter obligatorio del estatuto de presupuesto cuyo fundamento de origen constitucional resulta aplicable a la contratación de las entidades estatales con recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, por virtud de los mandatos contenidos en los artículos 345, 352 y 353 de la Constitución Política²⁰, cuya regulación incide sobre la apropiación y ejecución del gasto público en el contrato, con independencia de que el mismo se rija por las normas del derecho privado.

En este aspecto existen determinados principios de disciplina fiscal que el servidor público debe respetar necesariamente aunque contrate bajo normas del derecho privado. Para este caso conviene citar el principio de la programación integral que implica que todo gasto debe estar presupuestado antes de ser comprometido²¹ y el principio de anualidad que se ha establecido en la Ley así: *“El año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38/89, artículo 10)²²”*.

²⁰ “Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, **así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.**” (La negrilla no es del texto).

“Artículo 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto.”

²¹ Artículo 17, Decreto 111 de 1996 Por el cual se compilan las leyes que conforman el estatuto orgánico del presupuesto. “PROGRAMACION INTEGRAL. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.” En el mismo sentido se consagró el principio en el Decreto 714 de 1996 que compiló el estatuto orgánico del presupuesto de Bogotá DC, cuyos principios se aplican al contrato que se celebre con cargo a los recursos del mismo. En el contrato 054-97 la imputación presupuestal se determinó en parte contra el PAB FOMENTO y en parte contra OTROS GASTOS Y SERVICIOS DE SALUD.

²² Ley compilada en el Decreto 111 de 1996, como estatuto vigente para la época de celebración del contrato 054-97

La Sala se referirá también a este marco legal para interpretar el contrato 054-97, toda vez que en el caso en estudio se plantea por la parte actora un compromiso del Hospital de adicionar las disponibilidades presupuestales que, en el sentir de la contratista demandante, habría derivado en un incumplimiento de la entidad estatal y a su juicio le habría dado derecho a reclamar la indemnización de perjuicios.

Por último –pero no por ello menos importante- debe resaltarse que en los contratos estatales que tienen por objeto la prestación de un servicio en el sector salud, a más de la disciplina fiscal del presupuesto, se tiene que tanto el Estado como el particular contratista deben tener en cuenta la condición de servicio público y por ello la destinación específica y directa de los recursos de la Empresa Social del Estado hacia la salud, de manera que a pesar de la libertad para contratar que tienen las partes, no es lícito acordar formas contractuales que permitan otro uso de los recursos o que pongan en riesgo el destino final de los recursos de la salud.²³

La Sala se referirá a este último aspecto, toda vez que el contrato 054-97, se encuentra dentro del marco de los servicios de salud y ello incide sobre la interpretación que del mismo deba hacerse.

2.5. Aplicación de las reglas de interpretación del contrato.

Dentro del marco legal ya establecido, la Sala considera ahora las reglas de interpretación del contrato 054-97, tal como han sido reguladas en el Código Civil, con el fin de determinar si en el caso concreto hubo o no incumplimiento del contrato.

Las reglas de interpretación que se aplicarán a continuación corresponden a: 2.5.1. La prevalencia de la intención de las partes²⁴; 2.5.2. La interpretación por la naturaleza del contrato²⁵; 2.5.3. La interpretación lógica²⁶ y sistemática del contrato²⁷. Esta última incluye la interpretación de unas cláusulas por otras, la

²³ De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares." La ley 10 de 1990 en el inciso final del artículo 24 advirtió la posibilidad de los contratos de asociación con particulares y la transferencia de recursos a las entidades creadas para el efecto, pero exigió autorización del Ministerio de Salud y que las receptoras fueran entidades inscritas en el registro nacional de salud, así: "Autorízase, igualmente, para los efectos de desarrollar el principio de integración funcional, a todas las entidades públicas que presten servicios de salud, para asociarse entre sí y con entidades o personas privadas que tengan por objeto la prestación de servicios de salud, a fin de crear y organizar nuevas entidades con el mismo objeto, a las cuales, se podrán transferir recursos, por parte de las entidades públicas para la ejecución de programas o proyectos. La asociación requerirá, también, autorización previa del Ministerio de Salud, y que las entidades privadas estén inscritas en el registro especial a que se refiere el inciso primero."

²⁴ Artículo 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

²⁵ Artículo 1621. INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato."

"Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen."

²⁶ Artículo 1620. INTERPRETACION LÓGICA. "El sentido en que una de las cláusulas pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno."

²⁷ Artículo 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA. "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

interpretación por aplicación del contexto y la aplicación práctica de las cláusulas que realizaron las propias partes en la ejecución del contrato²⁸.

2.5.1. La intención de las partes.

En cuanto a la intención de la parte contratista respecto de la remuneración, se tiene en cuenta que desde la propuesta realizada en comunicación de marzo 3 de 1997, la señora Martha Cecilia Reyes Pardo propuso un sistema de remuneración variable y no un valor fijo para el contrato, tal como en efecto se pactó. Sobre el particular indicó en su propuesta:

“El laboratorio está dispuesto a negociar con el Hospital el porcentaje que como contraprestación está dispuesto a ceder al Hospital de acuerdo con las tarifas que se pacten” (folio 11, cuaderno 51)

En relación con la intención de adicionar el valor del contrato, que luego la contratista alega como obligación incumplida, no existe prueba de que el Hospital hubiera asumido tal compromiso; por el contrario, está probado que la contratista conoció y aceptó la limitación derivada del valor del presupuesto disponible. En todos los informes y comunicaciones de la contratista que han sido relacionados como pruebas, la señora Martha Cecilia Reyes advierte que no puede ejecutar el servicio más allá del valor estimado en el contrato y que una vez agotadas las disponibilidades presupuestales suspendería el servicio, como en efecto lo hizo. La contratista afirma que el Hospital le propuso acortar el plazo cuando advirtió el agotamiento de las disponibilidades presupuestales, cosa a la que contestó por escrito negándose a ello, pero que demuestra la intención consistente de vincular el plazo y el presupuesto del contrato.

De esta manera, resulta claro para la Sala que la intención de la contratista no fue la de obligarse a prestar un servicio sin remuneración o pago y, por el contrario, se observa que obró bajo la claridad de vincular la continuidad del contrato a la existencia de presupuesto disponible. El Hospital, por su parte, no realizó un pronunciamiento escrito sobre las peticiones de la contratista, pero de la propuesta de acortar el plazo pactado se observa que -al igual que la contratista- entendía que el contrato terminaría como consecuencia del agotamiento de las disponibilidades presupuestales.²⁹

2.5.2. La naturaleza del contrato.

En cuanto a la interpretación por la naturaleza del contrato, la Sala realizará dos análisis: el primero orientado a identificar las notas características para el contrato de prestación de servicios y el segundo análisis se hará para definir dentro del marco legal establecido, la aplicación particular del término de duración en el contrato 054-97.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

²⁸ Inciso final artículo 1622 Código Civil, ibídem

²⁹ La Sala advierte que la falta de respuesta del Hospital a las solicitudes de la contratista no le creó un derecho a la adición del valor del contrato, por cuanto el silencio de la entidad estatal no se constituyó en fuente de obligación. El silencio administrativo positivo sólo se establece en forma excepcional para los casos previstos en expresa disposición legal, conforme lo previsto en el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo vigente para el momento de los hechos, y actualmente lo consagra el artículo 84 de la ley 1437 de 2011. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sección Tercera, auto 16165 de octubre 7 de 1999, Magistrada Ponente María Elena Giraldo.

2.5.2.1. Características del contrato de prestación de servicios

Previamente se advierte que con independencia del título del contrato con el cual las partes decidieron identificarlo como de prestación de servicios y de la mención específica a esta modalidad en el objeto contractual, en el contrato 054-97 se encuentran los siguientes pactos que pudieron asemejar el acuerdo a otras formas contractuales que no llegaron a desnaturalizarlo:

- El suministro por parte de la contratista de los equipos, insumos y personal autorizado, de manera que la contratista asumió el riesgo derivado de los costos y gastos de los mismos.
- La prestación del servicio en favor de terceros denominados usuarios, a diferencia de los servicios que son prestados directamente a la entidad contratante.
- La distribución de ingresos entre las partes de acuerdo con el valor del servicio recaudado, con base en las tarifas en este caso determinadas por el Hospital.

Estos tres pactos asemejaron el contrato a otras formas contractuales que resultaban atípicas en la época, como son: i) el acuerdo de colaboración, en el cual las dos partes aúnan esfuerzos para un objeto común, el cual sería la prestación del servicio a los usuarios³⁰ o, ii) la concesión del área asignada al laboratorio clínico en la cual la contratista asume el servicio por su cuenta y riesgo, y se obliga a reconocer un porcentaje de las ventas al propietario de la instalación.

No obstante, la Sala observa que estos pactos no pueden tomarse como base para dejar de aplicar las normas del contrato de prestación de servicios al caso que la ocupa, pues de acuerdo con el objeto del contrato 054-97 la población atendida debía ser autorizada por el Hospital, de manera que los usuarios tenían relación directa con el Hospital y no con la contratista, la cual no obraba como prestadora del servicio frente al usuario. Adicionalmente, pese a la forma de remuneración pactada, las partes no tenían un acuerdo para compartir los costos ni las utilidades, de manera que los esfuerzos eran individuales y no se presentó un contrato de colaboración empresarial, el cual además no era legalmente viable sin las autorizaciones y registros de la contratista de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 10 de 1990³¹. Tampoco surge con claridad el pacto de una concesión de espacio debido a que el cobro del servicio lo hacía el Hospital y no la contratista.

³⁰ Actualmente se podrían enmarcar en la ley 1438 de 2011 en relación con los convenios público privados.

³¹ La parte pertinente del Artículo 24 de la Ley 10 de 1990, establece: "Autorízase, igualmente, para los efectos de desarrollar el principio de integración funcional, a todas las entidades públicas que presten servicios de salud, para asociarse entre sí y con entidades o personas privadas que tengan por objeto la prestación de servicios de salud, a fin de crear y organizar nuevas entidades con el mismo objeto, a las cuales, se podrán transferir recursos, por parte de las entidades públicas para la ejecución de programas o proyectos. La asociación requerirá, también, autorización previa del Ministerio de Salud, y que las entidades privadas estén inscritas en el registro especial a que se refiere el inciso primero."

Así las cosas, la Sala observa que si bien pudo existir el concurso de cláusulas propias de otras formas contractuales, se debe estar a la intención de las partes en la naturaleza del contrato, dado que no se encuentra probada una realidad esencialmente diferente a la del contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, en relación con las notas características del contrato de prestación de servicios, a continuación se presenta un cuadro comparativo entre el contrato tipificado en la Ley 80 de 1993 y el contrato de la empresa social del estado que se rige por el derecho privado y se anticipa la similitud entre los dos estatutos contractuales, pero se concluye que la prevalencia del derecho privado, en el segundo caso, permite precisamente una gama más amplia en los acuerdos sobre la duración y terminación del contrato.

Contrato de prestación de servicios en la Ley 80 de 1993³²	Contrato de prestación de servicios con una empresa social del estado que se rige por el Derecho Privado
<p><i>“a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley 80 de 1993.”</i></p>	<p>Se requiere igualmente capacidad legal de la entidad estatal para contratar el respectivo servicio, por aplicación de los principios constitucionales, teniendo en cuenta que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución o la Ley y que los servidores públicos sólo pueden actuar dentro del marco legal de sus funciones. (artículos 6º, 121 y 123 C.P.)</p>
<p><i>“b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el</i></p>	<p>Igualmente es posible que los contratos de prestación de servicios que se rigen por el derecho privado se celebren con personas naturales o personas jurídicas. Al igual que en los contratos bajo la Ley 80 de 1993, aplican respecto del contratista prestador de los servicios los requisitos de origen constitucional establecidos legalmente para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios (artículo 26 C.P.) y también la exigencia de licencias, permisos o registros requeridos para prestar determinados servicios, como sucede en la contratación del sector salud.</p>

³² Se citan textualmente en esta columna las notas características del contrato tomadas de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 22.822, 16 de agosto de 2012, Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón, Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM–.

<p><i>cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).”</i></p>	
<p><i>“c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.”</i></p>	<p>Se aplica igualmente la restricción en cuanto a que las actividades contratadas deben estar relacionadas con las funciones de la entidad contratante y que no puedan cumplirse a través de la planta pública, esto último toda vez que la regulación constitucional de la función pública impide la creación de empleos públicos que no estén previstos en la ley. (artículo 122 C.P.).</p>
<p><i>“d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.”</i></p>	<p>Aplica el principio del contrato realidad, de manera que con independencia de la denominación del contrato, habrá lugar a un contrato de trabajo si en el caso concreto se dan efectivamente los requisitos de la relación laboral, entre la entidad contratante y una persona natural.</p>
<p><i>“e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).” “Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios</i></p>	<p>En el derecho privado se permite el contrato de arrendamiento de servicios inmatrimoniales a término indefinido, pero con respecto a los recursos de presupuestos públicos no resulta posible el compromiso de la entidad estatal a término indefinido, pues aplica el principio de la anualidad, lo que impone la contratación del servicio por vigencias fiscales. Ahora bien, aunque el recurso comprometido no provenga del presupuesto público, no cabría el pacto de duración a término indefinido, toda vez que la entidad estatal debe identificar la imputación presupuestal,</p>

<p><i>para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.”³³ “</i></p>	<p>asunto que va de la mano del principio de la planeación del gasto, de manera que la entidad estatal no puede obligarse a futuro por valor indeterminado.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

La Sala considera importante detenerse a señalar la improcedencia de que las partes de un contrato estatal de prestación de servicios acuerden o convengan su duración a término indefinido, aún bajo el marco del derecho privado, en atención al desconocimiento que esta clase de pactos –a término indefinido o exclusividad-comportaría en relación con principios constitucionales de moralidad, de igualdad y de imparcialidad, lo cual afectaría por igual la efectividad de los principios de libre concurrencia y transparencia que necesariamente deben informar y orientar la actividad contractual de las entidades estatales, independientemente de que el régimen específico en esa materia corresponda al derecho privado. Se considera también que el principio de planeación contractual impone el deber, a la entidad estatal, de definir una temporalidad a la contratación de prestación de servicios, bien por las necesidades de la contratación o bien por la conveniencia de revisar periódicamente las condiciones del servicio frente a la oferta del mercado y los presupuestos, planes y programas que la entidad estatal debe desarrollar. De esta manera, se concluye que el término de duración del contrato de prestación de servicios de la entidad estatal en el derecho privado no puede ser indefinido, lo que no impide que con apoyo en el derecho privado existan pactos de duración indeterminada pero determinable, pactos de duración variable o condicionada y causales de terminación anticipada, amén de la terminación en cualquier tiempo que permite el artículo 2066 del Código Civil.³⁴

De acuerdo con todo lo anterior, se tiene que en el contrato 054-97 las partes acordaron una prestación de servicios que quedó regulada por las reglas del Código de Comercio y del Código Civil –por expresa invocación de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la aplicación del derecho privado- y en dicha normativa no

³³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3° del inciso 2° del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública. Sobre las limitaciones al contrato de prestación de servicios véase la sentencia del Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 15 de junio de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Manuel Alejandro Fula Rojas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil,

³⁴ Se ha advertido que en el caso de los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993 no aplica el derecho a la terminación anticipada del artículo 2066 del Código Civil si no ha sido expresamente pactado, según se estudia en detalle en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No.: 22.822, 16 de agosto de 2012, Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón, Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones –TELECOM–.

existen limitaciones para condicionar el plazo del contrato como en efecto sucedió en este acuerdo.

Finalmente, antes de cerrar éste análisis sobre las normas que ilustran la interpretación del contrato de prestación de servicios, la Sala no puede dejar de citar las referencias contenidas en la Ley 80 de 1993, las cuales se encuentran en el numeral 3) del artículo 32, normativa en la que se regula el contrato de prestación de servicios como uno de los contratos típicos de la contratación estatal y, de otra parte, en las letras d) y h) del artículo 24 de la misma Ley 80 de 1993, se mencionan eventos en que se permite acudir a este tipo de contrato, bajo la modalidad de contratación directa, normas que ilustran acerca de las diversas actividades o modalidades que pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios, como son: i) la prestación de servicios profesionales o la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo de determinadas actividades científicas o tecnológicas³⁵; así como ii) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud.³⁶

2.5.2.2. La duración del contrato de prestación de servicios por agotamiento del presupuesto en una entidad estatal bajo el derecho privado.

Como se ha venido comentando, bajo la naturaleza de contrato de prestación de servicios en el derecho privado, el cual constituye el régimen de prevalente aplicación en el caso que se analiza, no se encuentra una regla de interpretación específica acerca de la duración del contrato ni sobre la eventual terminación anticipada por agotamiento de los recursos.

No obstante, tal como la Sala ha advertido, el contrato 054 – 97 correspondía a la clase de los contratos estatales. En ese marco legal que ya se ha descrito, no puede inferirse un compromiso de adicionar el valor del contrato, ni el de extender el plazo del contrato a un segundo año sin contar para ello con las disponibilidades presupuestales, pues se recuerda que el Hospital contratante estaba obligado a respetar los principios presupuestales de anualidad y programación integral. En consecuencia, en este caso la única interpretación que consulta la naturaleza del contrato estatal consiste en que el mismo terminaba en caso de agotamiento de las disponibilidades presupuestales y que, en ese sentido, el pacto de duración del contrato a dos años se encontraba condicionado.

No sobra advertir que en el sentir de la Sala, salvo que se hubiere generado un excedente de recursos del primer año trasladable al inicio de la vigencia fiscal siguiente, de acuerdo con el régimen pertinente, en el Contrato 054-97 no habría lugar a un segundo año de vigencia obligado, pues ello supondría una contratación sobre vigencias futuras, que no estaban permitidas, ni autorizadas.³⁷

³⁵ En el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 se estableció la contratación directa así: “h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

³⁶ En el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, se especificó la aplicación de la normativa especial de estos contratos, ubicados en la nueva Ley bajo la modalidad de selección abreviada, así: “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;”

³⁷ El contrato invocó imputaciones directas al presupuesto del Hospital con recursos originados en el presupuesto del Distrito Capital, sin referencia al desarrollo del sistema de contratación con Empresas Prestadoras de Servicios y recobro a las cuentas del Sistema de Salud, en ese momento recientemente integrado. Para la época de celebración del contrato no se encontraba vigente la

Por otra parte, la contratista particular pretende que el Hospital estaba obligado a obtener disponibilidades presupuestales para incrementar el valor del contrato, con base en los estudios individuales de demanda suministrados por ella misma. De ser esta la interpretación del contrato, se tendría que la contratista particular primero obtuvo un contrato asegurando un plazo de dos años, con valor indeterminado y sobre una vigencia futura no permitida y luego, por esa vía, habría entrado a tomar la posición prevalente de realizar y presentar los estudios para la determinación del presupuesto público que se destinaría a su contrato, conducta que rompería el principio constitucional de la igualdad de acceso, frente a otros potenciales proponentes.

Así las cosas, según la interpretación de la Sala, en el presente caso resulta claro que los estudios y peticiones de la contratista no obligaban al Hospital a adicionar el contrato y por lo tanto el Hospital tampoco incumplió el contrato y no debe responder por los efectos que sobrevinieron para la contratista por razón de la suspensión y terminación de su servicio.

Así las cosas, la Sala anticipa que confirmará la decisión del Tribunal *a quo*, incluyendo la anulación de la decisión de caducidad, toda vez que su fallo resulta consistente con el análisis del contrato y las pruebas aportadas.

2.5.3. La interpretación sistemática.

Respecto de la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato 054-97 cabe señalar que se encuentran tres estipulaciones aplicables que deben ser interpretadas en su contexto: i) en la cláusula cuarta se fijó el valor del contrato para el primer año, en forma estimada y para todos los efectos legales, en la suma de \$18'000.000; ii) en la cláusula quinta se acordó que el valor de las obligaciones sería cancelado mediante pagos mensuales, en un porcentaje del 65% del recaudo por el servicio; iii) en la cláusula séptima se estableció una duración de dos años y iv) en la cláusula novena, modificada en el Otrosí No. 1, se estableció la identificación de las disponibilidades para la imputación presupuestal. Así pues, de una parte el valor del contrato aparecía estimado en una suma concreta, pero de otra parte se tenía un pago establecido como un porcentaje variable dependiendo de la demanda de la población atendida y se fijó el valor de la partida disponible para imputar el gasto. Todas las estipulaciones mencionadas pueden convivir si se entiende que el valor del contrato era estimado y variable de acuerdo con la demanda del servicio y tenía un límite máximo en el monto de los recursos presupuestalmente disponibles, de manera que el plazo resultaba también variable o condicionado, por la anotada limitación del valor del contrato.

La interpretación contraria a la que se acaba de expresar, según la cual la cláusula del plazo sería obligatoria y autónoma, dejaría sin efecto las cláusulas de valor e imputación presupuestal y llevaría al absurdo de que la parte contratista se habría obligado a prestar servicio sin pago, lo que entra en contradicción con la forma de pago prevista, cuestión que no puede ser así ya que las cláusulas deben interpretarse de manera racional y lógica, unas por otras de acuerdo con los dictados del Código Civil.

Ley 819 de 2003, que vino a regular en las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras ordinarias para determinadas finalidades y que serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, y previa aprobación por el CONFIS territorial o el órgano que haga sus veces.

Cosa distinta hubiera fallado el Tribunal *a quo* si hubiera encontrado que el Hospital había pactado un valor de contrato por encima del presupuesto establecido, caso en el cual se habría hecho responsable frente a la contratista por el servicio prestado y no pagado o si a pesar de haberse pactado un monto con suficiente soporte presupuestal hubiere impedido que la contratista ejecutara el contrato antes de que se agotara dicho límite máximo.

2.6. La nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato.

Se estudia ahora si la cláusula de caducidad fue legítimamente incorporada al contrato y en tal caso, si su aplicación fue o no fue ajustada al mismo, lo que en última instancia implica definir si contractualmente tuvo lugar el incumplimiento de la contratista, o por el contrario, su actuar se ajustó al contrato.

Con base en la Ley 100 de 1993 los pactos de cláusulas excepcionales al derecho común que permiten la terminación unilateral en sus diversas especies se encuentran expresamente autorizados para los contratos de las empresas sociales del estado y en este caso para el contrato de prestación de servicios de salud.

En el caso particular, el contrato 054-97 incluyó la siguiente cláusula en relación con la facultad de declarar la caducidad:

*“DECIMOPRIMERA: CADUCIDAD.- Previo requerimiento por escrito a **la Contratista**, el Hospital declarará la caducidad del presente contrato cuando se presente incumplimiento de las obligaciones a cargo de **la Contratista** que afecten de manera grave y directa su ejecución y amenace con paralizarse”. (la negrilla es del texto)*

Por lo anterior, se tiene que el Hospital en condición de Empresa Social del Estado estableció la cláusula de caducidad en el contrato No. 054-97 para los eventos de *“incumplimiento de las obligaciones a cargo de **la Contratista** que afecten de manera grave y directa su ejecución y amenace con paralizarse”* y que en ello respetó el marco legal de la caducidad³⁸ en cuanto a las causales invocadas, además de que el Hospital estaba legitimado para pactar dicha cláusula por virtud de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto para hacerla efectiva.

De esta manera, la cuestión de fondo que se discute en el presente proceso radica en determinar si fácticamente existió el incumplimiento por parte de la particular contratista que dio lugar a citada declaración de caducidad del contrato.

Revisados los documentos admitidos como prueba, se encuentra que constituye un hecho acreditado y reconocido por la particular contratista que ella suspendió el servicio contratado el 17 de diciembre de 1997, habiendo transcurrido ocho (8) meses desde el inicio del contrato, pese a que la duración del contrato se pactó en dos (2) años contados a partir de la aprobación de la póliza de garantía; también es claro que la contratista suspendió el servicio invocando como causa el agotamiento de la suma estimada como valor del contrato y del monto establecido como disponibilidad de presupuesto para hacer la imputación del respectivo gasto.

³⁸ Artículo 18 de la Ley 80 de 1993 : ... *la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado [se refiere al contrato estatal] ...* en los casos en que se presente *“... alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización*

La discrepancia entre la contratista particular y el Hospital surgió por cuanto, de una parte, la contratista entendió que estaba legitimada para suspender el servicio debido a que la suma de \$18'000.000 era un valor estimado que se había agotado pero exigió la adición de tal valor y, de otra parte, el Hospital decidió decretar la caducidad del contrato por considerarla como la única fórmula viable para poner fin anticipado al vínculo contractual por cuanto la contratista no aceptó modificar el plazo y no existían disponibilidades presupuestales para pagar nuevos servicios, a lo cual se añade la circunstancia de que la contratista suspendió el servicio antes del vencimiento del plazo pactado en la cláusula de duración del contrato, lo que habría constituido un incumplimiento según el razonamiento del Hospital demandado.

De acuerdo con las reglas de interpretación del contrato y el marco legal aplicable que se ha expuesto, la Sala encuentra que el contrato terminó por el agotamiento de las disponibilidades presupuestales y el hecho consecuente de la contratista que no continuó prestando el servicio.

Así las cosas, en este caso resulta evidente que no resultó ajustada a derecho la decisión sancionatoria que adoptó la entidad estatal al declararle a la contratista la caducidad administrativa, por el hecho de haber suspendido el servicio, la presente conclusión por cuanto:

En consecuencia:

1. NO se configuró, en el caso concreto que aquí se examina ese incumplimiento CALIFICADO que exige la Ley 80 de 1993 como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de caducidad del contrato, pues el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no se refiere a cualquier incumplimiento del contrato; por el contrario, la citada normativa se ocupa de establecer dos requisitos o condiciones que califican el mencionado incumplimiento: i) que *“afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato”* y ii) que *“evidencie que puede conducir a su paralización”*. En el presente caso, de la lectura de la resolución que declaró la caducidad se tiene que el Hospital demandado se refirió al supuesto incumplimiento del contrato pero no explicó o fundamentó y menos constató *la gravedad* de la conducta de la contratista ni el impacto de la misma para motivar su decisión, con lo cual se afectó la legalidad de la resolución por la falsa motivación en que incurrió la entidad estatal contratante, teniendo en cuenta la inexistencia del incumplimiento, amén de que tampoco consideró la gravedad mencionada ni cumplió con la verificación de que se hubiera configurado una amenaza de paralización, toda vez que –se reitera- el Hospital se encontraba frente a un servicio que ya no se estaba prestando como consecuencia de la terminación del contrato ocurrida por el agotamiento de los recursos, circunstancia que las partes habían considerado desde el momento mismo de su celebración.

2. La ejecución del contrato ya NO era posible, porque el mismo ya había TERMINADO, por ello mal podía acudirse a la declaratoria de caducidad administrativa para darlo por terminado y no era posible ver amenaza de parálisis en su ejecución, de manera que la falta de competencia *pro - tempore* por parte de la entidad contratante afectó también la legalidad de la resolución mediante la cual se decretó la caducidad. En relación con la oportunidad para decretar de la caducidad, la jurisprudencia vigente de la Sala³⁹ ha establecido que la entidad estatal sólo puede declararla durante el plazo de ejecución del contrato, teniendo en cuenta la finalidad y el propósito que la Ley le ha previsto para ésta facultad excepcional, como se resume en los apartes pertinentes a continuación:

a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad - tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto - ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido.

b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación;

(...)

f) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original

³⁹ "Inicialmente, la jurisprudencia consideró que la caducidad sólo podía declararse durante el plazo de ejecución del contrato, como lo sostuvo en sentencia del 22 de noviembre de 1979, expediente 1485. Posteriormente, bajo la normativa de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia consideró que la vigencia del contrato iba hasta el momento mismo de su liquidación, por lo cual hasta este mismo momento la Administración podía ejercer sus facultades excepcionales y básicamente, la de declarar la caducidad, así ya hubiera corrido el término o plazo para ejecutar las prestaciones, pues era precisamente en ese momento cuando se podía analizar si el contrato se había cumplido o no en los términos pactados". Esta última posición se sostuvo en las Sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque y la Sentencia de 18 de marzo de 2004 expediente 15936, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sin embargo, la Sección Tercera retomó la posición inicial, contenida en la Sentencia de 22 de noviembre 1979, como se observa en la Sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y la reiteró en detalle en la Sentencia del proceso número: 14. 461, C. P. Danilo Rojas Betancourth de 25 de agosto de 2011, Radicación número: 25000232600019930836501-01. Actor: Sociedad Construcciones Domus Ltda., Demandado: Empresa de Energía de Bogotá, jurisprudencia que se transcribe en lo pertinente y se reitera en la presente sentencia, como posición vigente en la actualidad.

como los adicionales-, y no cuando éste hubiese expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia⁴⁰

3. La declaratoria de la caducidad administrativa no era la vía para resolver la situación que afrontó la entidad contratante ante la renuencia de la contratista a reconocer la terminación del contrato, con lo cual el Hospital demandado desnaturalizó la figura de la caducidad y le impuso injustamente una sanción a la particular contratista, que la afectaba potencialmente con los efectos previstos en los artículos 8º y 9º de la Ley 80 de 1003, los cuales establecen una inhabilidad para contratar con el Estado por el plazo de cinco (5) años para el contratista sancionado con la declaratoria de caducidad y le imponen la obligación de ceder o renunciar a los contratos estatales que tuviere en ejecución.

2.7. Nulidad parcial de la cláusula de terminación unilateral

La Sala estima pertinente adicionar el fallo del Tribunal *a quo* para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del numeral segundo del parágrafo de la cláusula décimocuarta del contrato No. 054-97 celebrado el 10 de abril de 1997 entre el Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado y la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, toda vez que la Corporación cuenta con la facultad-deber de hacerlo siempre que advierta la violación de la Constitución o la Ley, con independencia de los límites fijados por el recurso de apelación.

Esta decisión encuentra fundamento en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁴¹ por violación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993⁴², como se explica a continuación:

La cláusula décimocuarta del contrato No. 054 – 97 dispuso:

“DECIMOCUARTA: MODIFICACIÓN, TERMINACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES.- Este contrato se rige por las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales de que tratan los Artículo (SIC) 15,16, y

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, 25 de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01, Proceso número: 14. 461, Actor: Sociedad Construcciones Domus Ltda., Demandado: Empresa de Energía de Bogotá y en el mismo sentido, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ 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:” (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.”

⁴² Ley 80 de 1993. Artículo 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

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

3º. Por la interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4º. Por la cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (...).”

*17 del Estatuto de Contratación Ley 80 de 1993 PARAGRAFO.- Sin embargo serán causales de terminación: 1) Las partes podrán dar por terminado el contrato en los siguientes casos: a) Por el mutuo acuerdo, sin necesidad de invocar causal alguna diferente a la manifestación de voluntad. b) Fuerza mayor o caso fortuito demostrados. 2) **El Hospital podrá dar por terminado el contrato cuando el contratista incumpla la prestación de uno o todos los servicios definidos en el Objeto del contrato o de las obligaciones del contrato.**” (La negrilla no es del texto y se utiliza para destacar el aparte que será objeto de la declaración de nulidad)*

La Sala observa que las cláusulas excepcionales, como su nombre lo indica, establecen el ejercicio de una facultad especial y prevalente para la entidad pública contratante y, por tal razón, las causales que permiten la aplicación de las atribuciones excepcionales allí contenidas son taxativas y su alcance está regulado por la ley de contratación estatal, en este caso la Ley 80 de 1993, aun cuando el pacto de tales cláusulas no sea de obligatoria aplicación y se derive del ejercicio de una opción que concede la ley a la entidad estatal, como sucede en los contratos de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud, que por regla general se rigen por el régimen del derecho privado.

Así las cosas, se advierte que la Empresa Social del Estado excede sus facultades en relación con una o varias cláusulas excepcionales si a ellas les incorpora causas de terminación unilateral del contrato para eventos no establecidos en la ley de contratación estatal, lo cual da lugar a la declaración de nulidad de la respectiva cláusula y de los actos derivados del ejercicio de la misma, por tratarse de una potestad de terminación unilateral que no puede ir más allá de lo permitido y regulado expresamente por la ley.

La anterior consideración se trae al caso en cuestión toda vez que en el numeral segundo del párrafo segundo de la cláusula décimocuarta pactada en el contrato 054-97 se estableció el incumplimiento total o parcial como una causa de terminación unilateral del contrato, evento que no se encuentra contemplado dentro de las causales definidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, fue impropriamente incorporado y regulado por el Hospital demandado, con lo cual se arrogó en forma ilegal una competencia para declarar la terminación del contrato por incumplimiento.

En consecuencia, con fundamento en éste análisis, se declarará la nulidad del mencionado numeral segundo (2º) del párrafo de la cláusula décimocuarta, con el ánimo de advertir sobre la improcedencia de esta clase de pactos contractuales y custodiar la legalidad de los contratos estatales, aunque se advierte con claridad que la decisión de la Sala no afectará la validez del contrato 054-97, ni los efectos que el mismo produjo, amén de que en éste proceso se ha advertido que el contrato tantas veces citado se encuentra terminado.

2.8. La prueba de los perjuicios.

La contratista demandante pretendió el pago de perjuicios causados por la inactividad que le ocasionó el supuesto incumplimiento del Hospital contratante por su conducta de no adicionar el valor del contrato, la cual no era una obligación a cargo de la entidad estatal según quedó demostrado en el proceso y, en consecuencia, la Sala no procederá a la condena en perjuicios por este concepto.

No obstante, en torno a la solicitud de perjuicios, es importante observar que las pretensiones de la parte actora en este litigio no son consistentes con lo que ella misma afirmó frente a la entidad estatal en su propuesta para contratar, de marzo 3 de 1997, la cual hace parte del contrato 054-97, ni con lo acordado en el contrato mismo. En efecto, la contratista afirmó:

*“Dado que el centro de salud class u.p.a. 91 no tiene laboratorio propio, y teniendo en cuenta que el centro posee **las instalaciones adecuadas** para su funcionamiento, deseo poner a su disposición el servicio”*

(...)

*“El laboratorio **está dotado con los equipos necesarios para el funcionamiento inmediato...**” (Folios 10 y 11 cuaderno 2)
(La negrilla no es del texto)*

Por su parte, en el contrato 054-97 se estableció

“El objeto del presente contrato se ejecutará con los equipos, materiales y elementos que suministrará la Contratista.” (Folio 1, cuaderno 2)

Por lo anterior no resulta procedente que la parte actora trate de imputar al Hospital los perjuicios por el valor de una factura y un contrato de compra, referidos a insumos y elementos de laboratorio, de mayo y abril de 1997, documentos que no prueban un pago con cargo al patrimonio de la contratista, ni fueron aportados en su oportunidad legal y, además, se refieren a conceptos que debían estar a cargo de la contratista de acuerdo con el propio contrato.

Tampoco se entiende cómo el apoderado de la actora invoca en sus alegatos que los equipos se deterioraron por las condiciones del Centro, cuando al inicio del contrato, tan sólo unos meses antes, la misma Contratista consideraba adecuadas las instalaciones. Esta afirmación del apoderado carece además de toda prueba.

Finalmente, no se puede aceptar que la contratista particular trate de imputar al Hospital el perjuicio por el no pago de una operación crediticia de compra de equipos, cuando ella para obtener el contrato le afirmó al Hospital que tenía los equipos disponibles. Esto además de que los documentos relacionados con el supuesto crédito no provienen del banco, ni se aportaron en la oportunidad legal, ni permiten establecer conexidad alguna de las obligaciones del Hospital supuestamente incumplidas en el contrato.

Por otra parte, vale la pena observar que la parte actora no pretendió ni demostró en el proceso unos perjuicios específicamente causados por la sanción de caducidad que le fue impuesta por el Hospital. En efecto, aunque el apoderado de la actora mencionó, en la sustentación de los alegatos del recurso de apelación, el efecto nocivo que sobrevino para la parte actora al quedar legalmente inhabilitada para contratar con el Estado, como consecuencia de la caducidad que le impuso el Hospital, se advierte que ni en las pretensiones de la demanda ni en el curso del debate probatorio la parte actora solicitó el reconocimiento de este perjuicio y no demostró hechos específicos que constituyeran un perjuicio imputable al Hospital

originado precisamente en la decisión de declarar la caducidad. Teniendo en cuenta que la actora no pidió indemnización de perjuicios por esta causa, ni los probó, -por ejemplo con la identificación de las licitaciones o contratos estatales perdidos con ocasión de la sanción de caducidad-, la Sala advierte dentro del límite que impone el recurso de apelación que no le compete a la Corporación hacer pronunciamiento o tomar decisión alguna sobre dichos eventuales perjuicios.

2.9. Los fundamentos de derecho de las pretensiones.

La actora invocó como violadas, además de las normas generales de la Constitución Política, los artículos 1602 y siguientes del Código Civil, que establecen “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*” y los artículos 1617 y concordantes del mismo Código en los que se dispone la obligación de indemnización por “no haberse cumplido la obligación”.

Los fundamentos de derecho invocados y el contrato 054-97, han sido precisamente los aplicados por el Tribunal a quo para anular la decisión de caducidad y negar la condena en perjuicios.

La actora también cita como transgredidas algunas de las normas de la Ley 80 de 1993, que no se encuentran violadas y que no resultó necesario aplicar en este caso por el régimen del derecho privado al que se encontraba sometido el contrato base de la acción contractual.

2.10. Costas.

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998, ley aplicable en este caso, establece que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, cosa que no ocurrió en el *sub lite*, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena alguna por dicho rubro.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia apelada, esto es la proferida el 3 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección A, mediante la cual se declaró la nulidad de las resoluciones No. 0077 de abril 7 de 1998 y 0157 de junio 26 de 1998, en las cuales se decretó la caducidad del contrato No. 054-97 celebrado el 10 de abril de 1997 entre Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado y la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, y se denegaron las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Declárase la nulidad parcial de la cláusula décimocuarta, del contrato No. 054-97 celebrado el 10 de abril de 1997 entre el Hospital Kennedy Primer Nivel Empresa Social del Estado y la señora Martha Cecilia Reyes Pardo, en relación con el texto del numeral 2º) del parágrafo de la citada cláusula.

TERCERO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA