

CONTRATO DE PRESTACIÓN SERVICIOS DE SALUD – Régimen jurídico aplicable

En este sentido es menester iniciar por hacer algunas precisiones sobre el régimen jurídico aplicable al contrato, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del I.S.S., que en el caso concreto actuaba como Entidad Promotora de Salud.

Al respecto, debe señalarse que el régimen de seguridad social adoptado por la Ley 100 de 1993, específicamente respecto del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 275 confirmó su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, con el agregado de que en lo atinente a los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora -E.P.S.- y, en ciertos casos, como prestadora de servicios de salud -IPS-, con jurisdicción nacional, de manera que en cuanto a su disciplina jurídica se aplicarían las normas generales correspondientes a esa fisonomía.

Quiere decir lo anterior que, para la fecha de los hechos que originaron el presente proceso, el régimen jurídico de contratación aplicable al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- es el previsto en las normas comerciales y civiles, es decir, el derecho privado, al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 179 indicó que «las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales», y que para racionalizar la demanda por servicios, podrían «adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos».

Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.

Por lo tanto, aunque ni las leyes comerciales ni las civiles prevean la necesidad de la constitución de un documento que contenga los elementos fundamentales de un contrato de este tipo para que se predique su existencia, tratándose de un contrato estatal éste requisito sí es indispensable para el perfeccionamiento del acuerdo, porque de otra forma, con la aceptación de la posibilidad de un contrato estatal de carácter consensual, se hace imposible la aplicación de los principios a los que arriba se hizo referencia.

No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal.

Estos argumentos, adquieren mayor fuerza cuando se trata de un contrato como el presente, en el que, por la naturaleza de los recursos públicos que se manejan por regla general en el régimen de seguridad social en salud, se hace necesaria la mayor pulcritud, justeza y prolijidad en la contratación de los servicios de salud, los cuales requieren de las partes una total certeza sobre las obligaciones a su cargo, las prestaciones de tratamientos y medicamentos que reconocerá el contratante y los requisitos para ese reconocimiento.

En conclusión, aunque la Sala debe ser congruente con la posición jurisprudencial que ha desarrollado sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de este tipo -en la que, valga decir, no se ha declarado en ningún caso la existencia de un contrato consensual celebrado por una entidad estatal-, reiterando que debe ser el de derecho privado, considera menester aclarar que tratándose de un contrato estatal, debe aplicar aquellos requisitos que procuren la efectivización de los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal [artículos 209 y 267 de la Constitución Política], dentro de las cuales se encuentra el de que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

CONTRATO ESTATAL – Existencia – Requisitos para acreditarlo

Cabe anotar que la falta de acreditación de la elevación a escrito del acuerdo que la parte demandante alega haber celebrado con la EPS I.S.S. no puede ser suplida con ninguna otra pieza probatoria obrante en el plenario, dado que en materia de la demostración de la existencia o perfeccionamiento de un contrato estatal, su aludida naturaleza solemne proscribió esa posibilidad, por lo que resultan inocuos los testimonios o documentos cruzados entre las partes que pudieran dar fe de la suscripción del pacto. Se reitera entonces que: La jurisprudencia de la Sala ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento

escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada igualmente en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento – conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas. También ha sostenido esta Corporación que en principio no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían que la existencia de los contratos podía demostrarse «por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes», salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01469-01(25892)

Actor: INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia del 3 de septiembre del 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, el cual declaró incumplido por el Instituto de Seguros Sociales y lo condenó al pago de \$313 057 451. La sentencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt solicitó que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios de salud con el Instituto de Seguros Sociales, el cual se habría incumplido debido al no pago de las facturas n.º 076600, 077812, 080052, 093589, 097513, 102396, 103992 y 105516, correspondiente a la atención médica brindada por el instituto al paciente Cristian Charles Borda Borboyes.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 28 de junio del 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 3-10 c. 1), el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción contractual contra el Instituto de Seguros Sociales (en adelante I.S.S.), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

III. PRETENSIONES.

(...)

Pretensiones principales:

Declarativas:

Primera: Que se declare que entre el ISS y el ROOSEVELT existió un contrato de prestación de servicios al paciente Cristian Charles Borda Borboyes.

Segunda: Que se declare que el ISS incumplió el Contrato de prestación de servicios al paciente Cristian Charles Borda Borboyes, al no cancelar las facturas Nos. 076600, 077812, 0800052, 093589, 097513, 102396, 103992, 105516.

Tercera: Que se declare que el ISS incumplió el Contrato de Prestación de Servicios al paciente Cristian Charles Borda Borboyes, al no suministrar la información relacionada con derechos del afiliado.

Cuarta: Que se declare que el ISS incumplió el Contrato de prestación de Servicios al

paciente Edgar Rueda Murillo, al no expedir oportunamente las autorizaciones requeridas.

Consecuenciales

Primera: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al ISS a pagar la suma de Doscientos Cincuenta y Cuatro Millones Quinientos Dieciocho Mil Doscientos Cincuenta y Tres Pesos M/Cte (\$254.518.253), correspondiente a los servicios prestados al paciente Cristian Charles Borda Borboyes y cobrados en las facturas números 076600, 077812, 0800052, 093589, 097513, 102396, 103992, 105516.

Segunda: Que se condene al ISS, a actualizar la suma de dinero indicada en el numeral anterior, utilizando para ello el índice de precios al consumidor- IPC- o el mecanismo de indexación que se estime adecuado por esa Corporación, desde el 30 de abril de 2000, fecha en la cual debía hacerse el pago, y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso. Tercera: Que se condene al ISS a pagar intereses moratorios comerciales desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso y hasta que el pago se haga efectivo.

Cuarta: Que se condene al ISS al pago de los gastos y costas de este proceso.

Pretensiones Subsidiarias

Declarativas.

Primera: Que se declare que el ISS se enriqueció injustificadamente al no cancelar los servicios que efectivamente prestó el ROOSEVELT al paciente Cristian Charles Borda Borboyes.

Consecuenciales.

Primera: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al ISS a pagar la suma de Doscientos Cincuenta y Cuatro Millones Quinientos Dieciocho Mil Doscientos Cincuenta y Tres Pesos M/Cte (\$254.518.253), correspondiente a los servicios prestados al paciente Cristian Charles Borda Borboyes y cobrados en las facturas números 076600, 077812, 0800052, 093589, 097513, 102396, 103992, 105516.

Segunda: Que se condene al ISS, a actualizar la suma de dinero indicada en el numeral anterior, utilizando para ello el índice de precios al consumidor -IPC- o el mecanismo de indexación que se estime adecuado por esa Corporación, desde el 20 de abril de 2000, fecha en la cual debía hacerse el pago, y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Tercera: Que se condene al ISS a pagar intereses moratorios comerciales desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso y hasta que el pago se haga

efectivo.

Cuarta: Que se condene al ISS al pago de los gastos y costas de este proceso.

1.1. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

1.1.1. El Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt prestaba servicios de salud al paciente Cristian Charles Borda Borboyes desde el 2 de marzo de 1997, fecha en la que recibió el paciente por remisión del I.S.S..

1.1.2. En 1998, el I.S.S. cambió su contratación a la modalidad de adscripción, por lo cual el I.S.S. y el Instituto suscribieron el contrato de adscripción el 1 de marzo de 1999. Este contrato implicaba que el I.S.S. debía informar al Instituto sobre los derechos que tenía cada uno de los pacientes, así como expedir oportunamente las autorizaciones de servicio; sin embargo, desde el cambio de modalidad de contratación, estas autorizaciones comenzaron a presentar retardos.

1.1.3. Por su parte, el estado de salud del paciente Borda Borboyes no permitía que se interrumpiera su atención, por lo que el Instituto continuó prestándole los servicios en atención a que en la red de información de la EPS I.S.S, su afiliación se encontraba vigente.

1.1.4. En varias ocasiones el Instituto presentó ante el I.S.S. las facturas correspondientes a la atención brindada al paciente Borda Borboyes en los periodos comprendidos entre diciembre de 1998 y abril del 2000, pero ninguna de ellas fue radicada por el demandado por carecer de autorización.

1.1.5. Luego de haber celebrado reuniones entre funcionarios del I.S.S. y el instituto en noviembre de 1999, el 17 de noviembre de 1999 éste último

presentó una petición al I.S.S. para que definiera la situación de los pacientes de larga estancia, dentro de los que se encontraba el señor Borda Borboyes, y se reconociera el valor de las cuentas de cobro presentadas.

1.1.6. Luego de varias comunicaciones en la que el I.S.S. pidió documentos relativos a los pacientes de larga estancia, entre ellos los estados de cuenta y las historias clínicas, el 9 de febrero del 2000 el demandado pretendió dar contestación a la petición con un oficio en el que informó que se solicitó a la Clínica del Niño evaluar la posibilidad de que allí se atendiera en adelante al paciente Borda Borboyes, pero no se pronunció sobre el pago de las cuentas de cobro.

1.1.7. En consideración a la respuesta incompleta recibida,, en una nueva petición del 23 de marzo del 2000 el instituto solicitó una respuesta sobre el particular, sin que hasta el momento se haya hecho el pago de lo debido, aunque sí se han radicado y pagado las cuentas de cobro desde mayo del 2000.

1.1.8. Finalmente, recordó que la Superintendencia Nacional de Salud se ha pronunciado en contra de la práctica del pago parcial de este tipo de obligaciones cuando se encuentran irregularidades en la afiliación una vez se ha iniciado la atención médica, lo que además sería contrario a lo previsto por el artículo 8 del Decreto 6 del 19 de enero del 2000.

1.2. En lo tocante con el fundamento jurídico de las pretensiones, la parte demandante se limitó a indicar que las pretensiones encontraban soporte en lo consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, los artículos 87, 132.8, 136 y 206 del Código Contencioso Administrativo, así como en los artículos 3, 4, 5, 14, 41 y 42 de la Ley 80 de 1993.

II. Trámite procesal

2. El 21 de agosto del 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso su notificación al I.S.S. (f. 13 c. 1), que una vez se notificó de la decisión **contestó la demanda** (f. 35-37 c. 1) y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que el paciente Borda Borboyes no cumplía con los requisitos para ser atendido en el Instituto Roosevelt, situación que fue puesta en conocimiento del demandante en múltiples ocasiones, incluyendo el oficio n.º 3002-1483 del 17 de abril del 2000 en el que se reiteró a dicha institución que las cuentas de cobro carecían de registro presupuestal y de autorización para la atención del paciente.

2.1. También indicó que el I.S.S. no puede reconocer servicios por fuera del marco legal y contractual suscrito por las partes, y en tal sentido no puede pagar por servicios que no sean autorizados, salvo que estos sean de urgencia vital.

3. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para alegar (f. 63 c. 1), oportunidad en la que actuaron el I.S.S. (f. 64-68 c. 1) y el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt (f. 69-81 c. 1).

3.1. En su alegato, el I.S.S. insistió en la improcedencia de las pretensiones dada la ausencia de requisitos para que el paciente Borda Borboyes fuese atendido en el instituto demandante, principalmente el relativo a la autorización de servicios. En esta oportunidad anotó que la inexistencia de la autorización se encontraba acreditada con los testimonios rendidos dentro del proceso.

3.2. Por su parte, el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt hizo énfasis en que los hechos descritos en la demanda no fueron negados por el I.S.S. y se encuentran debidamente acreditados mediante el material probatorio obrante en el proceso. De esta forma, se encontraría demostrado: i) la atención prestada por el instituto al paciente Cristian Charles Borda Borboyes, quien llegó por remisión autorizada por el ISS; ii) la modalidad de contratación existente entre las partes y el retardo que ello implicó en el cumplimiento de los requisitos para la atención de los pacientes; iii) el grave estado de salud de Borda Borboyes, que impedía la interrupción en su tratamiento; iv) la presentación de las cuentas de cobro, así como la negativa al pago del I.S.S.; y v) la falta de pago de las cuentas de cobro.

3.2.1. Además de lo anterior, la parte adujo que en el caso concreto se estarían violando normas aplicables a la contratación estatal, como la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política, la obligatoriedad de los contratos prevista en los artículos 1602 y 1627 del Código Civil, el principio contractual de la continua prestación de los servicios públicos, así como el deber de la colaboración de las entidades estatales al cumplimiento de la función social de la contratación que se prevé en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y el derecho de los contratistas a recibir una remuneración por la prestación de sus servicios, establecido en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

3.2.2. Finalmente, señaló que hubo un incumplimiento del contrato que era imputable únicamente al I.S.S., por cuanto la consecución de las autorizaciones era una responsabilidad exclusiva suya. Explicó que ello se debe a que las llamadas autorizaciones no eran otra cosa que los registros presupuestales que debía obtener el demandado, cosa que es responsabilidad únicamente suya.

4. El 3 de septiembre del 2003 la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia** de primera instancia, en la que declaró la existencia del contrato de prestación de servicios entre las partes, declaró que el demandado había incumplido dicho contrato y en consecuencia lo condenó al pago de la suma de \$313 057 451 (f. 98-106 c. ppl).

4.1. El *a quo* inició por señalar que del acervo probatorio se concluye que entre las partes se suscribió un contrato de adscripción y que fue en virtud de ese contrato que se atendió en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt al menor Cristian Charles Borda, quien fue remitido por la Clínica San Rafael y tratado conforme a lo que se estipuló contractualmente, de acuerdo a su patología y a la vigencia de su afiliación al I.S.S.

4.2. También encontró probada la prestación del servicio de salud al paciente Borda Borboyes, quien fue atendido en la unidad de cuidados intensivos con tratamientos que dado su estado de salud no podían ser suspendidos. Adicionalmente, el estado vigente de su afiliación implicaba la obligación del instituto de actuar de esta forma.

4.3. Expresó que el incumplimiento en los pagos de las facturas era atribuible a la entidad demandada, ya que si bien es cierto el contrato de adscripción previó la necesidad de una autorización para todos los tipos de atención salvo el de urgencias, el estado de salud del menor implicaba una urgencia, *“ya que no atenderlo, sería haberle desconectado el respirador hecho que sería fatal para el niño”*.

4.4. Insistió en que el carácter de urgencia de la patología del paciente se refrenda en el hecho de que desde junio del 2000 el I.S.S. autorizó su atención en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, precisamente por ser una urgencia.

4.4. En consecuencia, el *a quo* ordenó el pago de las facturas a las que se refiere la demanda, por un total de \$254 518 253, los cuales fueron actualizados desde el 30 de abril del 2000, al interpretar que en esa fecha debió hacerse el pago, hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, para un total de \$313 057 451.

4.5. En este orden de ideas, el Tribunal concluyó en la parte resolutive de la sentencia:

PRIMERO.- DECLÁRASE la existencia del contrato de prestación de servicios celebrado entre el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y el INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT.

SEGUNDO.- Declárase que el demandado incumplió el contrato, en consecuencia se condena al demandado ISS, al pago de la suma de TRESCIENTOS TRECE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$313.057.451.00).

TERCERO.- Sin costas.

CUARTO.- A la sentencia deberá darse aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del CCA.

5. La anterior decisión fue **apelada** oportunamente por el I.S.S. (f. 108 c. ppl), que sustentó el recurso en la oportunidad otorgada para el efecto en esta instancia (f. 116-117 c. ppl), fundamentando su disenso con la decisión de la siguiente forma:

5.1. El demandante presentó una acción contractual para que se declare la existencia e incumplimiento de un contrato, pero nunca especificó a cual contrato se refería, ni señaló cuando se suscribió, o entre qué partes. Tampoco aportó copia autenticada del mismo, sino que se limitó a pretender probar su existencia con testimonios o documentación cruzada por las partes, todo lo cual implica la improcedencia de la acción contractual.

5.2. En este orden de ideas, indicó que dada la falta de acreditación de un contrato significa que la acción ejercida debió ser la de reparación directa, y concluyó de la siguiente forma:

Así las cosas, el Honorable Tribunal de Cundinamarca, no distinguió en qué circunstancias se produjo la prestación de los servicios médicos reclamados y sólo se limitó a declarar la existencia de un contrato que no se probó por medio idónea (sic) la existencia del mismo, como los (sic) es la copia del contrato estatal pertinente y de acuerdo a las formalidades legales preexistentes.

(...)

Por lo tanto, solicito se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia de (sic) exima de responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales.

6. Luego de que se admitiera el recurso (f. 118 c. ppl), el 6 de febrero del 2004 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 120 c. ppl), oportunidad en la que actuó el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt (f. 122-133 c. ppl), el I.S.S. (f. 121 c. 1), así como el Ministerio Público, que presentó su concepto (f. 122-130 c. ppl).

6.1. El Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt reiteró en forma muy similar los argumentos que expresó en los alegatos de primera instancia, aunque en esta oportunidad se refirió a lo expresado por el I.S.S. en su recurso y alegó que el contrato sí fue aportado al proceso, además de que su existencia se probó por otros medios, como bien lo expuso el *a quo* en la sentencia de instancia.

6.2. El I.S.S. indicó que reafirma lo expresado en el recurso de apelación y en las distintas intervenciones hechas en el curso de la primera instancia.

6.3. El agente del Ministerio Público pidió que se confirme la sentencia de primera instancia, dado que aunque la copia del contrato de adscripción celebrado entre las partes aportada al proceso obra en copia simple, existen otros medios probatorios que dan fe de su existencia.

6.3.1. También consideró probada la atención médica que el instituto le brindó al paciente Borda Borboyes, la cual, al tratarse de una urgencia, no podía ser interrumpida ni requería de una autorización, por lo que la falta de pago de las facturas se presenta como un incumplimiento injustificado del contrato.

6.3.2. Finalmente solicitó que en caso de que no fuera posible declarar la existencia del contrato, como se probó la prestación del servicio, se acceda a las pretensiones subsidiarias relativas al enriquecimiento sin causa del I.S.S..

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía¹, tiene vocación de doble instancia. En este punto, conviene precisar que habida cuenta de que el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la parte demandada, la Sala se limitará a pronunciarse solamente respecto del objeto del mismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C.² y con observancia del principio de la *non*

¹ En la demanda se estima el valor de la de la mayor pretensión, correspondiente al valor de las facturas derivadas de la atención brindada por el instituto demandante al paciente Cristian Charles Borda Borboyes, en la suma total de \$254 518 253. Se aplica en este punto el numeral 8° del artículo 2o del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26353376.

² “*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso,*

reformatio in pejus contemplado en el artículo 31³ de la Constitución Política.

II. Hechos probados

8. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

8.1. El menor Cristian Charles Borda Borboyes presentó el 28 de febrero de 1997 una patología que inicialmente fue identificada como cefalea occipital y cervicalgia posterior intensa, pérdida de fuerza en todo el cuerpo que limitaba para ponerse en posición supina, por lo que es atendido en la Clínica San Rafael de la ciudad de Bogotá, donde al presentar deterioro respiratorio con imposibilidad para deglutir alimentos debió ser remitido al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, a donde ingresa el 2 de marzo de 1997 (original del resumen de la historia clínica del paciente Cristian Charles Borda Borboyes en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt –f. 30-40 c. 2-).

8.2. El menor fue atendido en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt dado que llegó remitido con autorización de la EPS I.S.S. y con afiliación vigente a esta entidad, desde el día de su ingreso y al menos hasta el mes de diciembre del 2001, por una serie de patologías que en un principio fueron diagnosticadas como derivadas del síndrome de Guillen Barré y que al final serían tomadas como 14 enfermedades diferentes, que impidieron el normal desarrollo de varias funciones vitales del menor, entre las que destacan la deglución de alimentos, la motricidad y la respiración. Esta última debió permanecer asistida por un respirador artificial durante toda la estancia del paciente en el Instituto y en general, su estado fue muy grave todo el tiempo (original del resumen de la historia clínica del paciente Cristian Charles Borda Borboyes en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt –f. 30-40 c. 2-; testimonio de la médica pediatra María Paz Bernal Ramírez –f. 67 c. 2-; testimonio de Marleny Castillo Martín, contadora del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt –f. 63-64 c. 2-).

8.3. Como producto de la atención médica brindada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt durante el periodo del 1 de diciembre de 1998 al 30 de

salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

³ *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.//El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

noviembre de 1999 y del 1 de enero del 2000 al 28 de abril del 2000, el instituto expidió las siguientes facturas, que obran todas en original en el plenario:

- Factura de venta n.º 076600 del 31 de diciembre de 1998, por valor de \$13 972 817, correspondiente al periodo del 1 de diciembre de 1998 al 31 de diciembre de 1998 (f. 22 c. 2).
- Factura de venta n.º 077812 del 31 de enero de 1999, por valor de \$13 697 720, correspondiente al periodo del 1 de enero de 1999 al 31 de enero de 1999 (f. 23 c. 2).
- Factura de venta n.º 080052 del 28 de febrero de 1999, por valor de \$12 319 107, correspondiente al periodo del 1 de febrero de 1999 al 28 de febrero de 1999 (f. 24 c. 2).
- Factura de venta n.º 093589 del 31 de agosto de 1999, por valor de \$101 448 249, correspondiente al periodo del 1 de marzo de 1999 al 31 de agosto de 1999 (f. 25 c. 2).
- Factura de venta n.º 097513 del 30 de noviembre de 1999, por valor de \$52 157 384, correspondiente al periodo del 1 de septiembre de 1999 al 30 de noviembre de 1999 (f. 26 c. 2).
- Factura de venta n.º 102396 del 06 de marzo del 2000, por valor de \$33 067 648, correspondiente al periodo del 1 de enero del 2000 al 06 de marzo del 2000 (f. 27 c. 2).
- Factura de venta n.º 103992 del 31 de marzo del 2000, por valor de \$12 763 044, correspondiente al periodo del 7 de marzo del 2000 al 31 de marzo del 2000 (f. 28 c. 2).
- Factura de venta n.º 105516 del 28 de abril del 2000, por valor de \$15 092 284, correspondiente al periodo del 1 de abril de 2000 al 28 de abril del 2000 (f. 29 c. 2).

8.4. Las facturas fueron presentadas en varias ocasiones ante el ISS, que negó su radicación y pago, alegando que las facturas carecían de la autorización que de acuerdo a la modalidad de contratación existente entre las partes eran necesarias previamente a prestar un servicio médico. En concreto, en el oficio n.º 3002-1483 del 17 de abril del 2000, expedido en respuesta a las peticiones del instituto del 17

de noviembre de 1999 y del 23 de marzo del 2000, el I.S.S. dijo sobre las facturas (copia simple⁴ del oficio 3002-1483 del 17 de abril del 2000 del I.S.S. –f. 59-60 c. 2-; copia simple de peticiones del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt al I.S.S. del 17 de noviembre de 1999 y el 23 de marzo del 2000 –f. 46-48 y 55-58 c. 2-; testimonio de Carlos Mario Ramírez Ramírez, gerente de la EPS del I.S.S. para la época de los hechos –f. 66 c. 2-; testimonio de Luisa Fernanda Benítez Cárdenas, funcionaria del departamento de contratación del I.S.S. para la época de los hechos –f. 65 c. 2-):

En referencia a su comunicación sobre los pacientes: CRISTIAN BORDA BORCOYES (sic) y EDGAR RUEDA MURILLO, le informo:

- 1. Las facturas relacionadas con número 076599, 076660, 077812, 080050, 080052, 093612, 097523, 093589 y 097513, no cuentan con Registro Presupuestal, por lo tanto solicito nos informe con qué autorización se atendió al paciente.*
- 2. Los puntos 4,5 y 6 de su comunicación dependen de la respuesta de los anteriores.*
- 3. Vale la pena recordar que la modalidad de cambio de convenio a contrato fue conocida por todas las entidades que en su momento prestaban servicios a la EPS Seguro Social. Es así que su institución firmó contrato a partir del 1º De Marzo de 1999. En ese momento los pacientes que ameritaban continuar hospitalizados debían tener autorización tramitada por la Institución (Instituto Roosevelt).*
- 4. El Departamento de Contratación informó oportunamente todos los trámites a seguir a partir del momento en que se cambió la modalidad de contratación (...).*

8.5. A partir del mes de mayo del 2000, el I.S.S. autorizó la atención del menor Borda Borboyes, al considerar su situación una urgencia vital (testimonio de Marleny Castillo Martín, contadora del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt –f. 63-64 c. 2-; testimonio de Luisa Fernanda Benítez Cárdenas, funcionaria del departamento de contratación del I.S.S. para la época de los hechos –f. 65 c. 2-).-

IV. Problema jurídico

9. De acuerdo con los hechos y las pretensiones de la demanda, así como con las consideraciones hechas por el *a quo*, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el material probatorio puesto a disposición, la Sala deberá resolver, principalmente, sobre la procedencia de la acción contractual incoada por el

⁴ De acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera en pleno en su sesión del 28 de agosto del 2013, la Sala le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos, en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto del 2013, expediente 25022, CP. Enrique Gil Botero).

Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, así como sobre la viabilidad de conseguir por la vía judicial el pago de los valores consignados en las facturas 076600, 077812, 080052, 093589, 097513, 102396, 103992 y 105516, expedidas como producto de la atención médica que el instituto le brindó al menor Cristian Charles Borda Borboyes.

V. Análisis de la Sala

10. La Sala considera que la presente acción contractual no tiene vocación de prosperidad, ante la imposibilidad de declarar la existencia de un contrato suscrito entre las partes, cuando el material probatorio con el que se pretendió demostrar no acredita el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para poder predicar su perfeccionamiento.

11. En este sentido es menester iniciar por hacer algunas precisiones sobre el régimen jurídico aplicable al contrato, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del I.S.S., que en el caso concreto actuaba como Entidad Promotora de Salud.

12. Al respecto, debe señalarse que el régimen de seguridad social adoptado por la Ley 100 de 1993, específicamente respecto del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 275 confirmó su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, con el agregado de que en lo atinente a los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora - E.P.S.- y, en ciertos casos, como prestadora de servicios de salud -IPS-, con jurisdicción nacional⁵, de manera que en cuanto a su disciplina jurídica se aplicarían las normas generales correspondientes a esa fisonomía.

⁵ El artículo 275 de la Ley 100 de 1993, estableció: *“El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 [encargos fiduciarios y fiducia pública] de la Ley 80 de 1993. (...) PARÁGRAFO 1o. Respecto de los servicios de salud que presta, actuará como una Entidad Promotora y Prestadora de Servicios de Salud con jurisdicción nacional. El Consejo Directivo del Instituto determinará las tarifas que el instituto aplicará en la venta de servicios de salud”*; esto es, en calidad de entidad promotora de salud en los términos del artículo 177 *ibidem*, como responsable de la afiliación, el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, y con la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud

13. Quiere decir lo anterior que, para la fecha de los hechos que originaron el presente proceso, el régimen jurídico de contratación aplicable al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- es el previsto en las normas comerciales y civiles, es decir, el derecho privado, al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 179 indicó que *“las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”*, y que para racionalizar la demanda por servicios, podrían *“adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos”*.

14. Esta posición fue sostenida por la Sala en sentencia del 3 de diciembre del 2012⁶, en la que en el marco de una acción de reparación directa se declaró la responsabilidad extracontractual de la entidad estatal objeto de análisis, por negarse a suscribir y perfeccionar un contrato, cuando, en aplicación de las normas comerciales, ya había aceptado la oferta que para el efecto le había formulado el particular demandante.

15. También, en sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 21610⁷, en un proceso en el que se solicitaba la declaratoria de incumplimiento de un contrato de prestación de servicios de salud, cuyo documento contentivo fue aportado al proceso, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

Lo anterior indica que el I.S.S., en el asunto en estudio actuó como Entidad Promotora de Salud y, en esa medida, sometió su actuación al régimen contractual aplicable a estas entidades. En tal sentido, el artículo 179 de la misma ley en cita permitía que “las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los

Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley; y en calidad de entidad prestadora de salud en los términos del artículo 185 *ejusdem* atender a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley. Esta modalidad de sujeto público dentro de Sistema de Seguridad Social en Salud la compartió con otras cajas que aún subsisten, como por ejemplo, CAPRECOM –Ley 314 de 1996-.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de diciembre del 2012, expediente 19425, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 21610, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”, más adelante dicha norma, para racionalizar la demanda por servicios, les permitía “adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos”.

En suma, el régimen jurídico aplicable al contrato sub judice es el previsto en las normas comerciales y civiles, al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Igualmente, la doctrina nacional ha sostenido que, en el marco de dicha ley, para la prestación del servicio de salud se previeron regímenes especiales de contratación de las E.S.E., E.P.S., A.R.S. y A.R.P.⁸.

16. Idéntica postura se plasmó en otra sentencia, también del 29 de octubre del 2012, en la que en el marco de una relación entre un particular y otra E.P.S. estatal, en este caso del orden departamental de Cundinamarca, se evaluó el cumplimiento de las cláusulas del contrato, caso en el cual, valga aclarar, también se allegó un documento suscrito por las partes que contenía las obligaciones correlativas que se consideraban desconocidas⁹.

17. Así las cosas, está más que claro que en atención a la naturaleza jurídica y el objeto social del Instituto de Seguro Social previstos en la Ley 100 de 1993, siempre que su actuación se enmarque en la prestación o promoción de servicios de salud, debe aplicarse un régimen de derecho privado a los contratos que suscriba para la prestación del servicio de salud por parte de una I.P.S. a uno de sus afiliados, y en tal sentido, la presunta relación jurídica alegada por la parte demandante en este caso, también se encuentra cobijada por tal ordenamiento jurídico.

⁸ [3] MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. *La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2009, Bogotá, p.p. 360 y 361. En igual sentido, SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. *Contratación Estatal y Contratación en Salud del Estado Colombiano*. Biblioteca Jurídica Fernando Hinestrosa Vol. 3, Universidad Externado de Colombia, 2009, Editorial Ibáñez, p.p. 390 y 391. Esta última autora, sostiene: *“Para la celebración de contratos de compraventa de servicios de salud, como se señaló antes el procedimiento será el de contratación directa que es la forma como proceden los particulares de acuerdo con las normas del derecho privado. // Lo anterior, por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 priman las disposiciones especiales contenidas en la Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993 sobre la Ley 80 de 1993 que es norma general en cuanto a la actividad contractual del Estado”*. Dicho entendimiento fue confirmado con la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 que en su artículo 45 prescribió: **“RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE EPS PÚBLICAS. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado”**. Valga referir que las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado se denominan, actualmente, Entidades Promotoras de Salud (EPS), según lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 131 de 2010.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2013, expediente 23438, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

18. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.

19. Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.

20. Por lo tanto, aunque ni las leyes comerciales ni las civiles prevean la necesidad de la constitución de un documento que contenga los elementos fundamentales de un contrato de este tipo para que se predique su existencia, tratándose de un contrato estatal éste requisito sí es indispensable para el perfeccionamiento del acuerdo, porque de otra forma, con la aceptación de la posibilidad de un contrato estatal de carácter consensual, se hace imposible la aplicación de los principios a los que arriba se hizo referencia.

21. No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal.

22. Estos argumentos, adquieren mayor fuerza cuando se trata de un contrato como el presente, en el que, por la naturaleza de los recursos públicos que se manejan por regla general en el régimen de seguridad social en salud, se hace necesaria la mayor pulcritud, justeza y prolijidad en la contratación de los servicios de salud, los cuales requieren de las partes una total certeza sobre las obligaciones

a su cargo, las prestaciones de tratamientos y medicamentos que reconocerá el contratante y los requisitos para ese reconocimiento.

23. En conclusión, aunque la Sala debe ser congruente con la posición jurisprudencial que ha desarrollado sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de este tipo -en la que, valga decir, no se ha declarado en ningún caso la existencia de un contrato consensual celebrado por una entidad estatal-, reiterando que debe ser el de derecho privado, considera menester aclarar que tratándose de un contrato estatal, debe aplicar aquellos requisitos que procuren la efectivización de los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal (artículos 209 y 267 de la Constitución Política), dentro de las cuales se encuentra el de que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

24. Lo anterior aunado a que el mismo Instituto de Seguros Sociales previó en su Resolución n.º 1835 de 1995 la aplicación de normas de la Ley 80 de 1993 en los contratos de salud, pues en ella, por un lado, en su artículo sexto el presidente del Instituto delegó la facultad de ordenación del gasto y la suscripción de actos y contratos del presupuesto de salud en el vicepresidente de la promotora de salud, y por otro, en su artículo décimo segundo indicó que *“los actos y contratos que se adjudiquen y celebren con fundamento en las delegaciones otorgadas en la presente resolución, deberán ceñirse a las disposiciones legales aplicables a cada uno de ellos, en especial, a la Ley 80 de 1993, decretos reglamentarios 679, 855 y 856 de 1994 y demás normas que los reglamenten, modifiquen o sustituyan”*.

25. Precisamente, la parte demandada en su recurso de apelación contra la sentencia *sub júdice*, desplegó un argumento relativo al requisito de la solemnidad del contrato estatal y su subsecuente necesidad de constar por escrito y alegó que el demandante, a pesar de ejercer una acción contractual, nunca especificó a cual contrato se refería, ni señaló cuando se suscribió, o entre qué partes, así como que no aportó copia autenticada del mismo, sino que pretendió probar su existencia con testimonios u otro tipo de documentación, todo lo cual implica la improcedencia de la acción contractual.

26. Al respecto, la Sala advierte que la falta de autenticidad de la copia del convenio de servicios de salud por la modalidad de adscripción n.º 1033 , presuntamente suscrito entre el I.S.S. y el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt

(f. 7 a 20 c. 2), traídos por la parte demandante para dar fe de la relación contractual en la que basa sus pretensiones, no implica un impedimento para su valoración probatoria, ya que, tal como se indicó en el párrafo 8.4. y su correspondiente pie de página, la Sala Plena de esta sección ha unificado su posición frente a las copias simples en el sentido de valorar todas aquellas que sean aportadas al proceso en las oportunidades previstas legalmente para el efecto, siempre que la parte contra la que se pretenden hacer valer no las haya tachado de falsas en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

27. Sin embargo, independientemente de la calidad en la que se haya arrimado el documento que sustenta la pretensión de declaratoria de existencia del contrato, lo cierto es que en el presente caso no puede hablarse que con él logre probarse que éste se perfeccionó, dado que a pesar de que en el instrumento se describe un objeto y una contraprestación, la ausencia de una firma o suscripción material del presunto acuerdo no permite que se cuente con certeza de que el contenido del documento corresponda a unas condiciones que hayan sido pactadas por las partes y elevadas a escrito por ellas (f. 20 c. 2).

28. Cabe anotar que la falta de acreditación de la elevación a escrito del acuerdo que la parte demandante alega haber celebrado con la EPS I.S.S. no puede ser suplida con ninguna otra pieza probatoria obrante en el plenario, dado que en materia de la demostración de la existencia o perfeccionamiento de un contrato estatal, su aludida naturaleza solemne proscribiera esa posibilidad, por lo que resultan inocuos los testimonios o documentos cruzados entre las partes que pudieran dar fe de la suscripción del pacto. Se reitera entonces que¹⁰:

La jurisprudencia de la Sala¹¹ ha determinado, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos, su existencia pende y se acredita mediante el documento escrito, razón por la cual se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente ha señalado la Sala que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado y regido por

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto del 2010, expediente 18636, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ [8] Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada igualmente en los estatutos contractuales que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el contrato alcance su perfeccionamiento –conviene reiterarlo- la exigen la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normatividad que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de la gran mayoría de las entidades públicas.

También ha sostenido esta Corporación que en principio no existe ni ha existido en los distintos estatutos contractuales una regulación sobre la forma específica de probar los contratos, toda vez que tanto el artículo 43 de la Ley 150 de 1976, como el artículo 55 del Decreto-ley 222 de 1983, disponían que la existencia de los contratos podía demostrarse “por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes”, salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, texto a partir del cual resulta claro que los contratos de Derecho Público no podían probarse mediante cualquier medio válido, puesto que ello dejaría sin efecto las prescripciones normativas que establecen los requisitos de forma y perfeccionamiento del contrato.

Sin embargo, a juicio de la Sala las normas contractuales no pueden interpretarse aisladamente sino, en armonía con las normas procesales correspondientes –concretamente en este caso con los artículos 175 del C. de P. C., disposición en la cual se establecen los medios de prueba que pueden hacerse valer ante el juez y 187 ibídem, a cuyo tenor “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos”-; pues bien, a la luz del principio de hermenéutica referido al efecto útil de la interpretación de la norma, el cual obliga al juez a preferir aquella interpretación que confiere efectos a una norma frente a la opción en la cual dichos efectos se desconocen o se disminuyen significativamente, hay lugar a concluir que en aquellos casos en los cuales la solemnidad se encuentra expresamente establecida en la ley sustancial para la existencia de los contratos en cuya celebración participa la Administración Pública, por regla general se tendrá la imposibilidad de probarlos a través de medios de acreditación distintos a la propia formalidad legalmente exigida.

29. Así, ante la clara imposibilidad de declarar que efectivamente el contrato se celebró, y consecuentemente, la falta de vocación de prosperidad de las restantes pretensiones de que se declare el incumplimiento de ese contrato y se condene al pago de las facturas que durante su ejecución se expidieron, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en tal sentido.

30. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala decidirá sobre las pretensiones subsidiarias presentadas en la demanda en las que se solicitó que en caso de que no fuera procedente acceder a la declaratoria de existencia del contrato se ordenará el pago

de las facturas, por constituir la negativa del I.S.S. a hacerlo un enriquecimiento sin causa de su parte.

31. La Sala recuerda que ésta Sección en ocasiones anteriores ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la viabilidad de la acumulación de pretensiones de orden contractual y extracontractual, la cual ha aceptado –aunque no como una regla general extensible a toda acumulación de pretensiones–, puesto que con ello no se rompen las reglas que para tal propósito prevé el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, especialmente porque los dos tipos de pretensiones debe ser resueltas en la misma clase de proceso -ordinario-, siempre que no se cambie la causa petendi. Así, en sentencia del 3 de mayo del 2007, se indicó¹²:

En cuanto a la tercera, esto es, la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la sustenta la demandada afirmando que no se pueden acumular las aducidas mediante una acción contractual para obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, con la acción de reparación directa por falla en el servicio.

Al respecto, el artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 7º de la Ley 446 de 1998, establece que en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil; para la época de presentación de la demanda, 29 de marzo de 1995, esta disposición no existía, no obstante lo cual, en virtud de la remisión general que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo a las normas procesales civiles, era aplicable el artículo 82 del C.P.C., conforme al cual, el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, que éstas no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Y en el presente caso, se advierte que el demandante propuso unas pretensiones, las anulatorias del acto administrativo que declaró desierta la licitación, como principales; mientras que las relativas a la supuesta falla del servicio, en las que pidió declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que le ocasionó, fueron propuestas como subsidiarias, siendo unas y otras competencia de esta jurisdicción en primera instancia y susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento ordinario, razón por la cual era perfectamente posible plantearlas en la misma demanda, en la forma en que se hizo; en consecuencia, no resulta atendible esta excepción

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1997, expediente 16209, CP. Ramiro Saavedra Becerra.

32. De similar manera, la Subsección C de esta sección resolvería un asunto en providencia del 8 de agosto del 2012¹³:

En el caso concreto nada de esto se advierte, pues los hechos de la demanda fueron claros, así como los de la contestación; y también las pruebas pedidas y decretadas se enfocaron en la discusión de la causa petendi trabada por las partes: el incumplimiento de un contrato y también la falta de pago de unos terrenos o lotes ocupados por el METRO –bien identificados por sus linderos–.

Ahora bien, que el actor considerara que la causa petendi provenía de un contrato y no de un hecho, no desdibuja la causa petendi sino el mecanismo judicial a través del cual se tramitó el proceso. Es decir, que la causa del proceso sigue siendo la misma, desde la demanda y su contestación: el incumplimiento de un contrato y la ocupación de terrenos no pagados por el invasor. Que estuvieran amparados en un contrato o no, de ninguna manera elimina, cambia o muta la razón de ser de la demanda –causa petendi–, y por eso el demandado pudo y debió decir en este proceso si los predios que hicieron parte del contrato y los que no hicieron parte de el los ocupó y pagó o no. Ampararse en la excepción de indebida escogencia de la acción es una burla a la justicia material, pues quien invadió debe pagar lo invadido y sus efectos dañinos, sobre todo cuando claramente se lo plantean en la demanda, que antojadizamente elude contradecir en estos aspectos.

(...)

No cabe duda que el Consejo de Estado no es inferior a la tesis que incluso la Corte Suprema de Justicia ya aplica, y en estos términos, la Sala revocará la declaración de prosperidad que hizo el tribunal de la excepción de indebida escogencia de la acción, y por eso estudiará –a continuación– la indemnización que el METRO pagará a MASA, porque se demostró la ocupación de los terrenos de su propiedad.

En este sentido, la Sala encuentra que la parte actora solicita en la pretensión cuarta – numerada como 1.4- que “... se restituyan las cosas al estado anterior, y de consiguiente, ordénese a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda..., la restitución de las zonas de terreno cuya tenencia recibió de mi mandante...”. No obstante, en la pretensión quinta –incorrectamente numerada en la demanda como 1.4- pidió: “Condénase a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda a indemnizar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios materiales, incluidos daño emergente y lucro cesante, ocasionados a Municipios Asociados del Valle del Aburrá M.A.S.A., con su incumplimiento, en la cuantía que resulte de las bases probadas en el proceso. (...)” Y el peritazgo solicitado para demostrar los hechos no solo se enfocó en establecer la ocupación de los terrenos, sino también en cuantificar el valor de las zonas ocupadas.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto del 2012, expediente 20346, CP. Enrique Gil Botero.

33. En el **caso concreto**, las pretensiones relativas a la acción contractual y las subsidiarias de enriquecimiento sin causa no son excluyentes, pues en últimas se ven fundamentadas en la misma *causa petendi*, que se circunscribe al no pago de las facturas sustentadas en la prestación de un servicio de salud, siendo diferente entre ellas únicamente la acción que para lograr su prosperidad deben ser adelantadas –una contractual y la otra extracontractual-, pero que en cualquier caso deben ser resueltas por el mismo juez mediante el procedimiento ordinario, por lo que pueden ser estudiadas.

34. Ahora, en la cuestión de si en el caso bajo estudio se produjo un enriquecimiento sin causa por parte del I.S.S. por la negativa de la entidad de cancelar las facturas correspondientes a la atención médica dada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt al menor Borda Borboyes, la Sala debe señalar que sí lo hubo, por las razones que se pasa a explicar.

35. En primer lugar, debe tomarse en consideración que en el trámite procesal logró acreditarse fehacientemente que el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt prestó al menor Cristian Charles Borda Borboyes, afiliado a la EPS del I.S.S., atención médica durante un periodo comprendido entre, al menos, el 2 de marzo de 1997 y el mes de diciembre del 2001 (ver supra párr. 8.1. y 8.2).

36. También se demostró que como producto de la atención que se le brindó entre los periodos del 1 de diciembre de 1998 al 30 de noviembre de 1999 y del 1 de enero del 2000 al 28 de abril del 2000 se expidieron las facturas n.º 076600, 077812, 080052, 093589, 097513, 102396, 103992 y 105516; así como que éstas no fueron pagadas por el I.S.S., que consideró que el servicio se prestó sin el cumplimiento del requisito de la autorización previa.

37. Téngase en cuenta también, que según lo determinado anteriormente en ésta sentencia, ese servicio se prestó sin que mediara un contrato entre las partes que lo soportara.

38. Vale anotar que esta acción de los particulares de prestar un servicio a la administración sin que haya un contrato que soporte las obligaciones bilaterales que de esa circunstancia puedan surgir, ha sido considerada por la Sección como una conducta inapropiada por parte de quienes prestan el servicio, y que *“la mera*

liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad”¹⁴.

39. Sin embargo, también es claro que cuando la prestación del servicio no obedece a la mera liberalidad del particular, sino que se hace en razón a una conducta impositiva de la entidad pública, que en virtud de su autoridad, supremacía o *imperium* impone al particular la ejecución de las prestaciones, no se puede hablar de la concurrencia de una culpa o dolo de ninguna clase, y por lo tanto sí se configura el enriquecimiento sin causa que justifica acceder a las pretensiones indemnizatorias¹⁵:

En estos términos, la Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2.012, que exige para la configuración del enriquecimiento sin causa que “... se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo”.

40. En este orden de ideas, para la Sala es claro que a pesar de que el I.S.S. no impuso de manera directa al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt la prestación del servicio de salud a uno de su afiliados durante el periodo de que tratan las facturas cuyo pago se reclama, sí lo hizo en el sentido de haber autorizado en un comienzo la remisión del paciente a esa institución dada la gravedad de su estado de salud, siendo imposible que se hubiera interrumpido la misma para cumplir unos requisitos que en consideración de las múltiples y gravísimas patologías padecidas por el paciente se presenta como desproporcionada.

41. Es decir, que siendo que en un principio la atención medica se prestó a instancias suya y con su autorización, y luego no era posible suspenderla para el cumplimiento de unos requisitos formales por el riesgo que ello implicaba para la vida del paciente, es claro que el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt se sintió

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero del 2013, expediente 19045, CP. Enrique Gil Botero.

¹⁵ *Ídem cita.*

compelido a continuar con la prestación del servicio, y en tal sentido es más que justificado su reclamo para que se le remunere por ello.

42. En consecuencia, la Sala declarará la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte del I.S.S. en el caso concreto por la negativa de dicha entidad a pagar las facturas n.º 076600, 077812, 080052, 093589, 097513, 102396, 103992 y 105516, dado que el servicio que en ellas consta se prestó efectivamente.

43. Debido a la ausencia de un elemento que indique un acuerdo entre las partes sobre la exigibilidad de las facturas, cada una de ellas será actualizada en su valor desde el momento en que se cumplan 30 días después a su expedición, término previsto en el artículo 774.1 del Código de Comercio plazo de exigibilidad a falta de acuerdo de las partes en tal sentido.

44. La liquidación, entonces, quedará de la siguiente forma:

- Valor factura de venta n.º 076600 del 31 de diciembre de 1998: \$13 972 817 - exigible el 30 de enero de 1999-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{enero de 1999}}$$

$$Va = \$13\,972\,817 \times \frac{(113,68)}{(53,33)}$$

$$Va = \$29\,762\,100$$

- Valor factura de venta n.º 077812 del 31 de enero de 1999: \$13 697 720 -exigible el 2 de marzo-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final - noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial - marzo de 1999}}$$

$$Va = \$13\,697\,720 \times \frac{(113,68)}{(54,75)}$$

$$Va = \$28\,354\,280$$

- Valor factura de venta n.º 080052 del 28 de febrero de 1999: \$12 319 107 – exigible el 30 de marzo de 1999-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final - noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial - marzo de 1999}}$$

$$Va = \$12\,319\,107 \times \frac{(113,68)}{(54,75)}$$

$$Va = \$25\,500\,551$$

- Valor factura de venta n.º 093589 del 31 de agosto de 1999: \$101 448 249 - exigible el 30 de septiembre de 1999-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{septiembre de 1999}}$$

$$Va = \$101\,448\,249 \times \frac{(113,68)}{(56,23)}$$

$$Va = \$204\,925\,462$$

- Valor factura de venta n.º 097513 del 30 de noviembre de 1999: \$52 157 384 - exigible el 30 de diciembre de 2000-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{diciembre de 1999}}$$

$$Va = \$52\,157\,384 \times \frac{(113,68)}{(57,00)}$$

$$Va = \$103\,793\,194$$

- Valor factura de venta n.º 102396 del 06 de marzo del 2000: \$33 067 648 -exigible el 5 de abril del 2000-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{abril de 2000}}$$

$$Va = \$33\,067\,648 \times \frac{(113,68)}{(60,67)}$$

$$Va = \$61\,836\,501$$

- Valor factura de venta n.º 103992 del 31 de marzo del 2000: \$12 763 044 -exigible el 30 de abril de 2000-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{abril de 2000}}$$

$$Va = \$12\,763\,044 \times \frac{(113,68)}{(60,67)}$$

$$Va = \$23\,866\,892$$

- Valor factura de venta n.º 105516 del 28 de abril del 2000: \$15 092 284 –exigible el 28 de mayo de 2000-

Valor actualizado de la factura

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{noviembre de 2013})}{\text{IPC inicial} - \text{mayo de 2000}}$$

$$Va = \$15\,092\,284 \times \frac{(113,68)}{(60,67)}$$

(60,99)

Va = \$28 071 648

Valor total facturas: \$ 506 611 628

45. Así las cosas, la Sala modificará la sentencia del 3 de septiembre del 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en el sentido de negar las pretensiones de declaración de existencia y sus consecuencias, para en su lugar, declarar el enriquecimiento sin causa del I.S.S. y condenarlo al pago del valor de las facturas expedidas en virtud de la prestación del servicio de salud al paciente Cristian Charles Borda Borboyes.

VI. Costas

46. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 3 de septiembre de 2003 de la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuya parte resolutive quedará de la siguiente forma:

PRIMERO: DECLARAR el enriquecimiento sin causa del Instituto de los Seguros Sociales, o quien haga sus veces, por las razones expresadas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al Instituto de los Seguros Sociales, o quien haga sus veces, a pagar al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt la suma de **QUINIENTOS SEIS MILLONES SEISCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS** (\$ 506 611 628).

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: DÉSELE cumplimiento al presente fallo de conformidad con lo establecido en los arts. 176 y 177 del CCA.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Danilo Rojas Betancourth

Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo
Aclara voto

Ramiro Pazos Guerrero

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01469-01(25892)

Actor: INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con el debido respeto expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en relación con algunas consideraciones expuestas en la sentencia de 29 de agosto de 2013, con fundamento en los siguientes argumentos:

Correspondió a la Sala resolver sobre la procedencia de la acción contractual, así como la viabilidad de obtener por la vía judicial, el pago de las facturas correspondientes a la atención médica brindada por el instituto demandante al paciente Cristian Charles Borda Borboyes.

Como pretensiones principales, la parte actora solicitó declarar la existencia del contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt y el Instituto de Seguro Social y, en consecuencia, el incumplimiento de la entidad pública contratante, por falta de pago de las facturas n.º 076600, 077812, 080052, 093589, 097513,

102396, 103992 y 105516. A título de indemnización, solicitó el reconocimiento y pago de las sumas adeudadas, debidamente actualizadas, junto con los intereses causados.

Como pretensiones subsidiarias, el instituto demandante solicitó declarar el enriquecimiento sin justa causa del Instituto de Seguro Social y condenar a la entidad al pago de las facturas referidas, debidamente actualizadas y con reconocimiento de intereses.

Mediante sentencia de 3 de septiembre de 2003, el *a quo* declaró la existencia del contrato y el incumplimiento del I.S.S., condenándolo al pago de las facturas que daban cuenta de la prestación del servicio. Encontró acreditado que las partes celebraron un contrato de adscripción y que fue en virtud de él que el menor Cristian Charles Borda fue atendido en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, remitido por la Clínica San Rafael y tratado conforme a lo que se estipuló contractualmente, de acuerdo a su patología y a la vigencia de su afiliación.

El *a quo* encontró probada la prestación del servicio de salud a favor del paciente, quien fue atendido en la unidad de cuidados intensivos con tratamientos que, dado su estado de salud, no podían ser suspendidos.

La entidad pública demandada apeló la decisión. Alegó improcedencia de la acción contractual, fundada en que *“la falta de acreditación de un contrato significa que la acción ejercida debió ser la de reparación directa”*.

En la decisión de la cual me aparto, si bien se estableció que el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos lo era el derecho privado, se terminó por concluir su inexistencia, pues, al parecer de la posición mayoritaria, era exigible la solemnidad del escrito prevista en la Ley 80 de 1993. Se destaca:

Así las cosas, está más que claro que en atención a la naturaleza jurídica y el objeto social del Instituto de Seguro Social previstos en la ley 100 de 1993, siempre que su actuación se enmarque en la prestación o promoción

de servicios de salud, debe aplicarse un régimen de derecho privado a los contratos que suscriba para la prestación del servicio de salud por parte de una I.P.S. a uno de sus afiliados, y en tal sentido, la presunta relación jurídica alegada por la parte demandante en este caso, también se encuentra cobijada por tal ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.

Lo anterior, para establecer que, no obstante regir el derecho privado, en tratándose de un contrato estatal se deben aplicar aquellas normas de derecho público, dentro de las cuales se encuentra el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*.

Así mismo, la Sala precisó que, no obstante obrar en la actuación copia del convenio de servicios de salud por la modalidad de adscripción n.º 1033, no era posible entrar a analizar las pretensiones contractuales, en la medida en que el contrato no fue suscrito por las partes. De la decisión se destaca:

(..) independientemente de la calidad en la que se haya arrimado el documento que sustenta la pretensión de declaratoria de existencia del contrato, lo cierto es que en el presente caso no puede hablarse que con él logre probarse que éste se perfeccionó, dado que a pesar de que en el instrumento se describe un objeto y una contraprestación, la ausencia de una firma o suscripción material del presunto acuerdo no permite que se cuente con certeza de que el contenido del documento corresponda a unas condiciones que hayan sido pactadas por las partes y elevadas a escrito por ellas.

Fundado en la *“imposibilidad”* de declarar que efectivamente el contrato se celebró y, por tanto, el incumplimiento alegado por la parte actora, la Sala abordó el estudio de las pretensiones subsidiarias, relativas a la declaratoria del enriquecimiento sin justa causa.

Según la decisión, se trata de la prestación de servicios de salud sin respaldo contractual, el cual obedeció a la conducta impositiva de la entidad contratante, en virtud de la supremacía del Estado. En ese orden de ideas, en la providencia de la cual me aparto se declaró la existencia del enriquecimiento sin causa y, a título de liquidación de los perjuicios, condenó a pagar debidamente actualizadas las sumas adeudadas.

Me aparto del tratamiento relacionado con el régimen jurídico, en tanto a los contratos de salud no le es aplicable la Ley 80 de 1993 y, por tanto, no cabe exigir la solemnidad del escrito. Es un contrato de derecho privado conforme lo prevé la Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993.

En efecto, el artículo 24 de la Ley 10 de 1990¹⁶ disponía:

*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 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** (negrillas fuera de texto).*

(..)

Los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, por su parte, prevén:

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.

Artículo 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(..)

¹⁶ Norma derogada por la Ley 643 de 16 de enero de 2001.

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.

El acervo probatorio que reposa en el plenario permite establecer, sin dubitación alguna, que el menor Cristian Charles Borda fue atendido en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por remisión autorizada de la E.P.S. I.S.S., entre el 2 de marzo de 1997 y el mes de diciembre de 2001, por presentar una serie de patologías que impedían el desarrollo normal de diversas funciones vitales, entre las que se destacan la deglución de alimentos, la motricidad y la respiración.

Como producto de la atención médica, el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt expidió ocho facturas, que obran en la actuación, las cuales fueron presentadas ante el I.S.S., que negó su radicación y pago, alegando falta de autorización.

En ese orden de ideas, considero que la efectiva prestación del servicio da cuenta de la existencia de un contrato consensual y, por ende, era posible declarar su existencia, tal y como lo hizo el Tribunal de instancia, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.

El Código Civil prevé que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1495 C.C.).

Según la norma, los contratos pueden clasificarse, en atención a la forma como se perfeccionan, en reales, solemnes o consensuales. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento (art. 1500 C.C.).

Contrato consensual es aquel que se perfecciona por la simple voluntad contenida en la manifestación del consentimiento de las partes contratantes y se contrapone al solemne, para cuya validez la ley prescribe requisitos especiales para su celebración. Tal es el caso del contrato estatal, frente al cual el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 consagra:

Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

En materia civil y comercial, por naturaleza, los contratos nacen a la vida jurídica por el solo consentimiento de las partes; basta, pues, con el simple acuerdo verbal (artículos 1500 a 1502 C.C., 824 y 864 del C. Cio.), sin que sea necesario escrito alguno, salvo excepción legal.

En consecuencia, sólo si un contrato es solemne, resulta procedente exigir que su existencia se acredite con dicha solemnidad. *Contrario sensu*, si es consensual, no se puede pedir que conste por escrito, pues, se repite, para su existencia y validez basta el acuerdo de las partes.

En lo que tiene que ver con la prosperidad de las pretensiones subsidiarias, debo aclarar que no es posible concluir que en el *sub lite* se configuró un simple enriquecimiento sin causa, en la medida en que la obligación deviene de la norma legal¹⁷ y, por ende, procede una indemnización plena, esto es el reconocimiento de las sumas adeudadas, debidamente soportadas en las facturas que reposan en la actuación, su actualización y reconocimiento de intereses. Empero, comoquiera que la entidad pública demandada es apelante único, la Sala no podía hacer más gravosa su situación, en aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*.

¹⁷ Artículo 1º Ley 100 de 1993. “Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro”.

Debo aclarar, eso sí, que de haberse resuelto por la vía de la acción contractual, la decisión no tendría que haber sido diferente, en la medida en que, finalmente, se reconocieron las prestaciones efectivamente ejecutadas y adeudadas.

La providencia de la cual me aparto también omitió resolver el argumento de la alzada, a través del cual la entidad pública demandada alegó improcedencia de la acción contractual, fundada en que *“la falta de acreditación de un contrato significa que la acción ejercida debió ser la de reparación directa”*.

Cabe anotar que el enfoque encaminado a preservar la autonomía de la figura del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso*, que impide confundirla o hacerla equivalente a la acción contencioso administrativa de reparación directa, resulta a todas luces más apropiado y acorde con los alcances que la jurisprudencia contencioso administrativa le había fijado a la figura y con el principio de equidad que desde la Constitución irradia sobre todo el ordenamiento jurídico.

Conocido es que la pretensión de enriquecimiento sin causa por la vía de la *actio de in rem verso* busca compensar el empobrecimiento producido por el desplazamiento patrimonial, sin que medie razón o motivo justificante y, en consecuencia, se propone restablecer el equilibrio patrimonial perdido. La acción de reparación directa presupone, entretanto, probado el daño antijurídico y demostrado el vínculo causal entre éste y la acción u omisión estatal ilícita o no, imponer la obligación de indemnizar.

En breve, lo que persigue la acción de reparación directa es la indemnización o la reparación por el daño. Por su parte, la *actio de in rem verso* opera como acción autónoma y compensatoria de un desequilibrio patrimonial –inequitativo– en el que no cuentan el daño y la imputación, sino el desequilibrio, al punto que para el restablecimiento no se recurre a parámetros indemnizatorios, razón por la cual en enriquecimiento injusto es una fuente de las obligaciones distinta del contrato, delito, cuasidelito y de la ley.

Es verdad que al interior de la Sección se han presentado enfoques contradictorios, así: en un extremo, aquel según el cual el enriquecimiento injusto puede remediarse por medio de la acción de reparación directa y, en el otro, con arreglo al cual la *actio de in rem verso* es una acción autónoma –aun cuando subsidiaria–, posiciones que trataron de unificarse en la sentencia de 14 de noviembre de la presente anualidad¹⁸, de la que me aparté, comoquiera que lo que se resolvió en dicha decisión fue hacer nugatoria la figura en el campo contencioso administrativo, pues la casuística a la que se restringió la aplicación de este instituto no tiene nada que ver con el desplazamiento patrimonial que, sin mediar causa o motivo que lo justifique, enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra y, por consiguiente, tampoco se encamina a restablecer el principio de equidad. Significó en este ejercicio de unificación jurisprudencial perder un instrumento de equidad y de restablecimiento del equilibrio patrimonial de primer orden, cuya versatilidad y efecto compensatorio no se compara con el que ofrece la acción de reparación directa que opera únicamente cuando se trata de indemnizar un daño antijurídico, imputable a la acción u omisión de agentes estatales.

Esta última posición, permite mostrar que confundir las dos acciones significa descartar de plano una posibilidad –como lo es la *actio de in rem verso* en cuanto acción autónoma–, para imponer al actor la demostración del daño, de la relación de causalidad y de la imputación, así estos no se requieran ni presenten, poniendo en entredicho la prosperidad de la pretensión.

Ahora, no es que el daño no se presente en todo caso, lo que sucede es que la connotación del mismo difiere en cuanto se concreta en una compensación patrimonial y, en punto a la imputación, nada debe agregarse, demostrado como se exige, el enriquecimiento.

¹⁸ Sección Tercera, exp. 24897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Debo insistir, como lo hice en su oportunidad, frente a la sentencia de la Sala Plena en mención, en que existen múltiples motivos para privilegiarla como la ruta más apropiada para encausar la pretensión compensatoria del enriquecimiento sin causa, con las características de autonomía, excepcionalidad y subsidiariedad que le son propias. Pretender descartarla y, en su defecto, utilizar la acción de reparación directa desconoce que este último remedio presupone, como se sabe, la existencia de un daño antijurídico y la obligación de restablecer la víctima integralmente, en tanto, tratándose del enriquecimiento, da lugar a fijar y disponer una compensación.

Insisto en que no podía perderse de vista que la *actio de in rem verso* es una acción i) autónoma e independiente; ii) subsidiaria; iii) excepcional; iv) compensatoria o correctiva, pues se propone recomponer el equilibrio patrimonial perdido por quien obra de buena fe; v) no busca que se declare la responsabilidad de la administración pública porque no parte de la demostración de un daño, esto es, no tiene carácter indemnizatorio (desde el punto de vista sustancial no es equiparable a la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del C.C.A).

En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado