



Tribunal Administrativo de Boyacá
Secretaria

E D I C T O

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA
SENTENCIA DICTADA**

CLASE DE ACCIÓN	CONTRACTUAL
RADICADO	150002331000200101220-00
DEMANDANTE	HOSPITAL SAN RAFAEL
DEMANDADO	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
MG. PONENTE	JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
FECHA DE DECISIÓN	29 DE ENERO DE 2019

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 05/02/2019 **A LAS 8:00 A.M.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy 07/02/2019 **a las 5:00 p.m.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA



387

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4**

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **29** ENE. 2019

DEMANDANTE:	HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
DEMANDADO:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
REFERENCIA:	150002331000200101220-00
ACCIÓN:	CONTRACTUAL. ADECUACIÓN A ACTIO IN REM VERSO
TEMA:	PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - VALOR ADEUDADO
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en los términos del artículo 170 del CCA.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, acudió a través de apoderado judicial ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción Contractual, en los términos del artículo 87 del C.C.A.

1.1. Declaraciones y Condenas (fl. 73-74)

La parte demandante, solicitó declarar que entre la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, existió un contrato de prestación de servicios de salud para la atención de pacientes afiliados a la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene al ISS a pagar a la ESE la suma de setecientos dieciséis millones cuatrocientos cuarenta y tres mil ciento cincuenta y seis pesos (\$716.443.156) o el valor que resulte demostrado dentro del proceso, por concepto de prestación de servicios de salud suministrados por el Hospital San Rafael de Tunja a los pacientes afiliados al ISS, conforme las cuentas de cobro y facturas presentadas y

enviadas con los soportes correspondientes para su pago a que se refiere el hecho primero de la demanda.

De igual manera, que se condene al pago de indemnización de los perjuicios causados (lucro cesante y daño emergente) por el no pago oportuno de las obligaciones, así como la indexación monetaria de las sumas de dinero a que sea condenado el demandado.

1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 70-73)

El apoderado de la actora, adujo que la ESE Hospital San Rafael de Tunja desde el año 2000 ha venido prestando servicios hospitalarios a pacientes afiliados al ISS sin que haya existido la suscripción de un contrato, sino que simplemente ha prestado el servicio de pacientes en la medida en que se presentan a solicitar el servicio emitiendo facturas y cuentas de cobro presentadas oportunamente para su pago, por el valor de \$ 684.224.856.

Que los servicios de salud prestados por el Hospital han sido hospitalización, intervenciones quirúrgicas, apoyo diagnóstico y terapéutico, cirugía ambulatoria, atención integral, atención inicial de urgencias, exámenes de laboratorio, medicamentos, RX, ecografías, etc, servicios solicitados y debidamente autorizados, excepto la atención de urgencias que conforme al artículo 168 de la Ley 100 de 1993, no requiere contrato ni orden previa.

Dijo que los servicios prestados se relacionan y discriminan de manera individual y se emite factura que está firmada por el usuario cuyos soportes originales se envían a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente, para efectos que se realice el pago.

Sostuvo que en el sector salud y especialmente en lo relacionado con la prestación de servicios hospitalarios se ha adoptado por costumbre no celebrar contratos escritos con las EPS, sino simplemente se factura el servicio de manera individual por paciente atendido y se envía cuenta de cobro con los soportes correspondientes a la EPS.

Aseveró que en el Decreto 723 de 1997 no se exige una solemnidad especial, sino que deja a criterio de las partes convenir la forma de prestación de servicios, lo cual ha vulnerado la accionada, pues ha incumplido con sus obligaciones, causado graves perjuicios al punto que el patrimonio de la ESE se ha deteriorado mientras que la EPS se ha enriquecido sin justa causa.

Por último, que el 15 de febrero, el ISS aceptó deberle al Hospital San Rafael la suma de \$ 247.490.510 por concepto de servicios prestados del mes de febrero al mes de septiembre de 2000.

1.3. Fundamentos de Derecho (fl. 74-80)

Señaló que la acción se fundamenta por cuanto la demandada no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, creyendo en las manifestaciones de voluntad que la demandada dirige para la atención de cada paciente.

Que en el caso particular, la accionada se ha enriquecido sin justa causa al no pagar al Hospital los servicios prestados a los afiliados por aquella, lo cual ha generado un empobrecimiento al ente hospitalario.

De igual forma, que se vulnera el Decreto 723 de 1997, pues el ente hospitalario presentó oportunamente las facturas para su pago, las cuales no fueron objetadas, ni glosadas para la demandada, lo que indica que aceptó en su totalidad dichos valores, pero que no los ha cancelado hasta la fecha, muy a pesar que los elementos del contrato se configuran en su totalidad, siendo necesario que se declare su existencia.

2. TRÁMITE

La demanda fue presentada el quince (15) de junio de dos mil uno (2001) (fl. 83); mediante auto de fecha quince (15) de agosto de dos mil uno (2001) se admitió la demanda y se ordenó notificar a demandada (fls. 85). Se fijó en lista por el término de diez (10) días, contados a partir del 2 de abril de 2002 y hasta el 15 de abril de 2002 (fl. 91). La parte demandada contestó la demanda dentro del término legal (fl. 92-101).

Se decidió sobre las pruebas solicitadas por las partes, por auto del cinco (5) de junio de dos mil dos (2002) (fl. 124). Finalmente, se corrió traslado para alegar de conclusión a través de auto del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete (2017) (fl. 369).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del ISS, allegó escrito contestando la demanda, en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos sostuvo que algunos son ciertos, tal y como lo señalado para la atención de los servicios de urgencias, es decir, que sobre esta atención no se requiere contrato, sin embargo, que para los

demás servicios, si se requiere contrato, conforme lo dispone la Ley 80 de 1993.

Sostuvo que sobre las facturas relacionadas, algunas ya fueron canceladas con base en las Resoluciones No. 57 y 82 de 2002, que otras ya fueron pagadas en virtud del contrato No. 032 de 2000 y que otras se concertaron entre las partes en documento suscrito en septiembre de 2001.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas:

- "Cobro de lo no debido" con fundamento en que la mayoría de facturas relacionadas fueron canceladas mediante Resoluciones Nos. 057 y 82 de 2002.
- "Inexistencia de lo reclamado por transacción o acuerdo de pago", como quiera que para septiembre de 2001, se estableció acuerdo de pago de las sumas relacionadas en la demanda como adeudada, y por tanto, se establecieron pagos que se han cumplido por el ISS en el porcentaje acordado, siendo necesario extinguir la obligación reclamada.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE (fl.373-374)

El apoderado de la parte actora, allegó escrito de alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

Manifestó que los supuestos fácticos fueron probados en el expediente y contrario a lo expuesto en las excepciones estas no fueron demostradas.

Además que obra en el expediente el dictamen pericial que fue controvertido y en firme, en donde se consigna que no hay prueba que las facturas relacionadas en la demanda, hubiesen sido canceladas.

4.2. PARTE DEMANDADA

Guardó silencio.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1.- PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la existencia del contrato de prestación de servicios de salud entre la ESE Hospital San Rafael de Tunja y el Instituto de Seguros Sociales, y como consecuencia de lo anterior, si se debe condenar al pago de los servicios de salud suministrados entre los años 2000 y 2001, junto con la indemnización por los perjuicios de lucro cesante y daño emergente causados por el no pago oportuno de las obligaciones.

2.- DEL RÉGIMEN JURÍDICO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN LOS EXTREMOS DEL LITIGIO¹.

Previamente a resolver los presupuestos procesales de la acción invocada, es necesario analizar el régimen jurídico que en materia contractual les asiste a las partes involucradas.

Para el efecto señalado, se tiene que los extremos del litigio son, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por una parte, y de otro lado, el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, y que la prestación del servicio, según se indica en la demanda, tuvo lugar en los años 2000 y 2001 (hecho primero, según constitución de las facturas).

El *INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES* fue reestructurado en virtud del artículo 1º del Decreto N° 2148 del 30 de diciembre de 1992, "como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...". Por lo tanto, y a la luz del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, que establece "son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado...", se constata que el ISS es una entidad descentralizada por servicios del orden nacional. De esa manera, se desprende que su actividad contractual se encontraba sometida a la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 2 expresamente la enlistó como una entidad

¹ En esta oportunidad, por atender un asunto de similares contornos, se siguen los lineamientos de la sentencia emitida por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01(45448) Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

estatal sujeta al amparo de su regulación, sin perjuicio a lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, para la prestación de servicios de salud.

A lo expuesto se suma que conforme el artículo 24 de la Ley 80, el legislador exceptuó de la regla general de licitación pública para la escogencia de contratistas, a los contratos que tuvieran por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, salvo en las tipologías reguladas por el artículo 32 de ese estatuto, eventos en los cuales la convocatoria pública sería de obligatoria observancia.

Este aspecto, reafirma entonces la aplicación preferente de la Ley 80 a las relaciones contractuales de las EICE, a tal punto que esa misma compilación dispuso excepciones puntuales a su cobertura, quedando bajo su amparo lo que no hubiera estado expresamente excluido.

La anterior conclusión cobra mayor vigor si se tiene en consideración que el 29 de diciembre de 1998 se dictó la Ley 489 de 1998, a través de la cual se expidieron normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, normativa que en su artículo 93 textualmente estableció:

“REGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.

Bajo el contexto normativo citado, se demuestra que durante el período objeto de reclamación comprendido entre 2000 y 2001, el ISS a cuyos afiliados se prestó el alegado servicio de salud ostentaba la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado y que en su actividad contractual, al menos en lo concerniente a la prestación de ese servicio, por ser una de las tipologías contractuales reguladas expresamente por ese estatuto, se encontraba sujeta al Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Por su parte, la demandante, *HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA*, aun cuando, según lo advertido con anterioridad, en atención a su naturaleza de Empresa Social del Estado, participa del carácter de entidad pública, no por ello a los contratos por ella celebrados les resulta aplicable el Estatuto de Contratación de la Administración recogido en la Ley 80 de

1993, ya que, en virtud de lo establecido por el mismo legislador, la actividad comercial de ese tipo de entidades, como de algunas otras, se encuentra excluida de la cobertura de aquella preceptiva legal.

En efecto, de conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, se dispuso que en materia contractual las Empresas Sociales del Estado se regirían por el derecho privado, pero podrían utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes consagradas en el estatuto general de contratación de la administración.

Así pues, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, dispuso una enumeración de las que denomina Entidades Estatales, entre las cuales se encuentran las entidades descentralizadas, como lo son, las E.S.E. Así entonces, se entiende que estas entidades se regirán, al celebrar sus contratos y según el artículo 13 *ibídem*:

"por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley".

A lo sumo, esa regla general no puede entenderse como un desprendimiento íntegro del estatuto general de contratación administrativa, como quiera que éste se ha entendido como un instrumento que tiene la administración para cumplir con los fines del Estado. Así entonces, la Corte Constitucional² ha enseñado que:

"... el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social del Derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución".

De otra parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato estatal de la siguiente manera:

"como todo acto jurídico generador de obligaciones celebrado por las entidades públicas a las que se refiere este estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad".

Así entonces, los contratos celebrados por las entidades públicas tienen como objeto cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y hacer efectivos los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, conclusión que se concreta del contenido del artículo 3 de la Ley 80 de

² Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992.

1993³ y de ahí que sean expresión de la función administrativa (art. 209 C.P.), porque se caracterizan por estar al servicio de los intereses generales con sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, contradicción y publicidad.

Si decimos que el contrato estatal, es el negocio jurídico de la administración para el cumplimiento de los fines del Estado, se debe que manifiesta que también es un acto bilateral, en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor, equiparado lo dispuesto en los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, a lo previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha precisado que la naturaleza del contrato estatal no obedece al régimen jurídico o legal que lo informa sino a la naturaleza pública de la cual participa la entidad que lo suscribe: *"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', (...), 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."*

Ahora bien, en Colombia, a pesar de la interpretación gramatical de los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, pareciera sugerir que la administración celebra contratos en ejercicio de la autonomía privada; pero debe ponerse de presente que la administración pública no tiene autonomía y no tiene voluntad. Así entonces, para la celebración de un contrato se exige como requisito de validez la aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos⁵.

A esa aptitud dice la doctrina se predica de una entidad estatal y se denomina "competencia", en tanto se le llama "capacidad" si se trata de un particular⁶.

³ De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013) RADICACIÓN: 440012331000200000619 01

⁵ Pág. 33. Los principios de Estado de derecho y los contratos estatales. Mónica Liliana Ibagón Ibagón, 2014, Universidad Externado de Colombia. Véase: cfr. "exposición de motivos" en Gaceta del Congreso.

⁶ ibídem

En aras del cumplimiento de los cometidos estatales, el Estado a través de sus diferentes entes, celebra diferentes contratos denominados "Estatales", entre ellos: compraventa, arrendamiento, obras públicas, concesión, suministro, prestación de servicios, consultoría, entre otros.

De esa manera, el Estatuto de Contratación Estatal y algunas leyes especiales disponen los casos, en que en material contractual, las entidades estatales estarán sometidas al régimen de derecho privado y también dispone la Ley 80 que lo no previsto por ella, se resolverá con las normas del Código Civil y el Código de Comercio, así:

"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley." (subraya fuera de texto)

En lo pertinente al asunto analizado, se dirá que en lo que corresponde a la tipología de contrato solicitado sea declarado (prestación de servicios en salud) por una Empresa Social del Estado, tiene *normatividad sustantiva propia* en el derecho privado; empero, el perfeccionamiento y su celebración se encuentran reguladas de manera precisa, expresa y especial en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, de manera que la aplicación de las disposiciones del Código Civil y el Comercial, según el caso, se atenderán para las reglas propias del contrato como tal.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 95 numeral 6, estableció en relación con el régimen jurídico de las E.S.E, que:

*"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" (negrilla fuera de texto)*

Con sujeción a la previsión legal en referencia, los contratos celebrados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja se habrían de regir por el derecho privado.

No obstante lo anterior, según se observa, en la relación negocial consistente en la prestación de los servicios de salud que se encuentra en controversia intervino, por un lado, ISS, empresa industrial y comercial del Estado sometida para estos efectos al régimen de contratación estatal, y, por otro, la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja como prestataria del servicio, entidad pública cuyos vínculos contractuales habrían de gobernarse por el derecho privado.

Así pues, ante la disparidad del régimen normativo llamado a informar los negocios jurídicos celebrados por ambas entidades, el Consejo de Estado⁷, en providencia que se atiende en el *sub exámine*, advierte que conforme la relación comercial que habría de surgir entre ambos extremos debe regirse por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, por las razones que a continuación se exponen: Como primer aspecto, debe tenerse en consideración que el Estatuto de Contratación Estatal constituye una legislación especial, criterio, que por vía de la interpretación de las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, determina su primacía frente a las normas generales que, en el caso, se encuentran compuestas por el compilado normativo del derecho común.

Es precisamente en este criterio de especialidad en el que se funda el hecho de que en todas las relaciones contractuales en las que intervienen una entidad estatal sometida al imperio de la Ley 80 de 1993 y un particular regido por su naturaleza por las normas del derecho privado, se desplazan estas últimas para darle paso a la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en aquella, en los aspectos por ella expresamente regulados.

Un elemento adicional que debe destacarse guarda relación con el hecho de que en el caso *sub exámine* la entidad estatal que se encuentra sometida al Estatuto de Contratación Estatal, ISS, habría de ser la que fungiría como contratante en la relación obligacional cuya existencia se discute, es decir, que sería la que demandaría de un tercero, en este caso también de naturaleza pública pero regida por el derecho privado, la prestación de unos servicios (en salud) para llevar a cabo su cometido institucional, por manera que ha de ser el instrumento normativo de derecho público el que rija esa relación en tanto su función se encuentra claramente concebida para concretar el fin estatal allí sumido⁸.

⁷ tomado de Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01(45448)

⁸ Tomado de sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01(45448) Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL COHECHA LEÓN, Cesar Antonio. "TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ESTATAL Y RÉGIMEN DE DECLARACIÓN DE SINIESTRO". Prologo Luciano Parejo Alfonso. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2016. Páginas 19-20. "En todo caso, interesa destacar que la influencia de la relación contractual en la realización del interés general es el factor determinante de la sujeción de la contratación del sector público a un régimen jurídico peculiar. La relación entre contrato e interés general se desarrolla, en efecto por exigencia legal, en distintos planos: "1.- La conexión entre el objeto del contrato y la necesidad pública a cubrir, ya consista esta necesidad en un edificio, una obra, un suministro o un servicio. "2.- La penetración en la relación contractual de las exigencias de los principios del estatuto de la Administración Pública, dando lugar a un doble orden de preocupaciones: "La igualdad de los sujetos privados en el acceso a los contratos, que se manifiesta en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. "La buena administración en el sentido de la gestión económicamente eficiente del proceso de contratación, asegurando, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".

En el contexto de la regla anteriormente plasmada se tiene que la entidad estatal sometida al imperio de la Ley 80, es la que, para la consecución de sus fines, debe adelantar el respectivo procedimiento de selección del contratista, llevar a cabo las gestiones para apropiar y disponer las respectivas partidas presupuestales, adjudicar el contrato producto de aquél y posteriormente celebrarlo con el oferente vencedor, etapas que se imponen llevar a cabo con apego al catálogo de normas compendiadas en el estatuto de contratación estatal.

El panorama expuesto lleva a concluir que, atendiendo al régimen legal de prevalente aplicación, para predicar la existencia y perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre ISS y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, era indispensable que el acuerdo de voluntades cumpliera con la formalidad **de constar por escrito**, tal cual lo exigen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, es decir, que son estas disposiciones las que determinan la exigencia de la solemnidad del escrito como elemento de la existencia del negocio jurídico o mejor, del contrato estatal.

El artículo 39 citado dispone:

"De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

A su turno, el inciso primero del artículo 41 *ibídem*, establece que:

"los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito."
(resaltado fuera de texto)

Pese lo expuesto, el escenario probatorio da cuenta de que la prestación del servicio de salud por parte del Hospital demandante a los pacientes afiliados a ISS estuvo desprovista de amparo contractual en tanto no se agotó la aludida solemnidad.

Así entonces, hablar de la existencia del contrato, será solo cuando se cumple con los requisitos generales de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas (partes, objeto, causa, consentimiento, capacidad y competencia); y cuando cumple los específicos relativos a cada contrato en particular, esto es, cuando

recorre su definición legal y, por tanto, concurren sus elementos esenciales, o sea sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y, además, cuando se exija, las formas exigidas para consignar o manifestar el acuerdo de voluntades, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución⁹.

Nótese que la regla general e imperativa es que los contratos que celebren las entidades estatales para que nazcan a la vida jurídica "constarán por escrito", es decir, en este ámbito reina la solemnidad constitutiva, en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el "solus consensus obligat".¹⁰ Dicho de otra manera, no se concibe la contratación pública de manera verbal, pues requiere de formalidades plenas.

3.- PRESUPUESTOS PROCESALES

3.1. De la acción procedente – aplicación de la *actio in rem verso*.

Como se dejó anotado en precedencia, la controversia suscitada no comulga con la procedencia de la acción contractual impetrada, en consideración a que la pretensión va encaminada a lograr la declaratoria de existencia de un contrato estatal, que según lo ha sostenido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde tiempo atrás¹¹, será viable

⁹ Tomado de clase magistral FORMA, EXISTENCIA, VALIDEZ, CONTENIDO, EJECUCIÓN, TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL ÁLVARO NAMÉN VARGAS 2015

¹⁰ *ibidem*

¹¹ Sobre el particular, consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, el 30 de enero de 2013, dentro del expediente No. 21.130, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. "Como sustento de lo anterior, la demandante solicitó declarar la existencia del contrato estatal que, según se afirma, se concretó entre ella y la demandada, el cual fundamenta el cobro de los honorarios profesionales reclamados "Si bien el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, contempla que 'Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad...', lo cierto es que tal declaración no es procedente en todos los casos.

"Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, según lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que tal es la forma que deben adoptar dichos actos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus); siendo así, no tendría sentido, en principio, solicitar la declaración de existencia de un contrato que debe constar por escrito -a través de la acción contractual-.

"Por tal razón, el artículo 87 del C.C.A. debe ser interpretado en forma acorde con la estructura que informa la existencia y eficacia de los contratos del Estado; por ello, la jurisprudencia de esta Corporación ha interpretado la norma señalando que, '...en algunos eventos -especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes-, puede solicitarse la declaración de existencia del respectivo negocio jurídico, en ejercicio de la acción contractual (...) adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción o la de reparación directa, debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar.

Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar. En efecto, la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente....' Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de noviembre de 2000, expediente No. 11.895. En el mismo sentido ver sentencias del 29 de enero de 1998, expediente 11.099; sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente 5825 y sentencia del 10 de marzo de 1997, expediente 10.038 (subraya fuera del texto original).

siempre que se reúnan los supuestos que abren paso a su análisis, lo cual no acontece en este evento, habida cuenta que se presenta un absoluto incumplimiento de la exigencia prevista para su perfeccionamiento.

Ciertamente, en la demanda quedó sentado como un hecho indiscutible que las partes no elevaron escrito alguno en el que se hubiere depositado el respectivo consenso sobre el objeto y su correlativa contraprestación. Con todo, a pesar de la inexistencia del contrato que sirvió de base a la pretensión declaratoria, ello no obsta para que, a la luz de los postulados de la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del alto tribunal contencioso¹², se analice el fondo del asunto desde la perspectiva de la **actio in rem verso** y dentro del cauce de la acción de reparación directa¹³.

Lo anterior, pues no puede perderse de vista que el fundamento jurídico en que se apoyó el **petitum** se identificó en gran parte con la invocación y procedencia de esta figura, lo cual se expuso en los siguientes términos:

"En el caso sub iudice la entidad demandada se ha enriquecido sin justa causa al no pagar al hospital los servicios prestados a los afiliados"

"Además, ha precisado la Sala que una de las hipótesis que se ubica en el supuesto previsto por el artículo 87 del C.C.A. (declaratoria de existencia del contrato) es la relacionada con aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen - en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 29.402.

"Otro de los supuestos previstos por la norma en cita, es el relacionado con los contratos sin formalidades plenas que contemplaba el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y los contratos de mínima cuantía de que tratan los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011, cuya existencia y eficacia no está determinada por la solemnidad prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, de modo que la declaración de existencia de este tipo de negocios es posible obtenerla a través de la acción contractual. "Analizados los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala considera que la situación que se presenta en sub iudice, no hace procedente la declaración de existencia del contrato estatal".

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *"Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique. "Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental. "14. Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción".*

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 27 de enero de 2016, expediente No. 29.869, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *"Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basales de la misma demanda. "Siendo esto así, de la lectura integral del libelo demandatorio, particularmente, de la causa petendi y los fundamentos jurídicos en el sub examine se verifica que, pese a que en la demanda se dijo acudir a la acción de controversias contractuales, lo verdaderamente pretendido por la accionante es que se declare que la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal E.P.S se enriqueció sin justa causa a expensas del patrimonio de la sociedad Médicos Asociados S.A al no haberle pagado el valor de los servicios médicos de salud prestados a sus afiliados (cotizantes y beneficiarios), el suministro de medicamentos del P.O.S, los servicios de urgencias prestados a los usuarios asignados a otras I.P.S., los servicios quirúrgicos y hospitalarios y los estudios clínicos y paraclínicos necesarios para calificar la invalidez de solicitantes, de manera que la pretensión es propia de la actio de in rem verso en razón a lo cual el trámite no puede ser otro que el correspondiente a la acción de reparación directa".*

de aquella. Esto ha generado un empobrecimiento del patrimonio del Hospital San Rafael, pues este tuvo que sufragar los costos de personal médico científico, ayudas diagnósticas como sangre de laboratorio, Rx y en general poner a disposición de los pacientes de la demanda, toda su infraestructura para efectos de garantizar el servicio, servicios que por su naturaleza son muy costosos y le causaron grave detrimento patrimonial a la institución prestadora de servicios de salud.”

Así las cosas tenemos que la negligencia de los funcionarios de la entidad demandada produjo hechos que conllevan en su totalidad a que se configuren plenamente los elementos de enriquecimiento sin causa, pues se produce un aumento del patrimonio de la demanda y se empobrece correlativamente el del Hospital San Rafael que prestó los servicios de buena fe y conforme a los requerimientos previos emitidos por la demandada quien ha obtenido un enriquecimiento sin el fundamento jurídico que lo justifique”. (fl. 75)

En similares términos se describió el asunto en uno los supuestos fácticos de la demanda en el que textualmente se indicó que “la mora en el pago de sus obligaciones le ha causado perjuicios al Hospital porque su patrimonio se ha deteriorado mientras que la EPS contratante se ha enriquecido sin justa causa” ¹⁴

Conforme al contexto analizado, es claro que el Hospital demandante, en esencia, centró su reclamación en la ocurrencia de un enriquecimiento sin causa, tal cual fue puesto de manifiesto ante la entidad demandada, que en ejercicio de su derecho de contradicción se pronunció frente a los fundamentos de derecho que acaban de referirse.

En las anteriores condiciones, la Sala emprenderá el análisis del caso desde el ángulo del enriquecimiento sin causa, sin que ello comporte en modo alguno la modificación de la causa petendi, pues, se insiste, en gran medida el fundamento fáctico y jurídico de la demanda expresamente atendió a su posible configuración. De manera que, se tendrá presente que pese a que la acción interpuesta fue la contractual, bajo el principio *iura novit curia* se adecuará la acción.

Lo anterior, ha sido convalidado por el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, al exponer sobre el asunto que:

“La Sala encuentra que la causa petendi de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento, insistimos, los hace consistir el demandante fundamentalmente, a obtener el reconocimiento de un supuesto desequilibrio económico del contrato sobre la base de la

¹⁴ fl. 73

realización de una labor que no estaba incluida dentro del objeto del contrato 079-96 y que según él actor, fue producto de un convenio verbal hecho con la Gerencia de Operación de la EAAB, labor esta que le habría ocasionado la necesidad de mayor contratación de personal, que en suma lo llevó a incurrir en unos gastos adicionales y el consiguiente desequilibrio económico., lo que eventualmente constituye es un enriquecimiento sin causa, cuya acción procedente sería la *actio in rem verso* y no la contractual. De manera que, resultaba improcedente el análisis de la demanda en virtud de la acción contractual, tal como lo solicitó el actor y lo entendió el a quo, pues es claro la diferencia que existe entre la acción contractual interpuesta por el demandante y la acción que realmente resultaba procedente en el sub lite –*actio in rem verso*–, razones suficientes para que en este caso el proceso hubiese concluido a través de la declaratoria de oficio de la excepción de Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción. (...) **en aras de la efectividad del derecho sustancial cuando el proceso se halla para sentencia el juez no puede abstenerse de dictarla con el argumento de confusa redacción de la demanda, dada la obligación que le asiste de interpretarla en su conjunto y salvo que se trate de un defecto de forma de tal índole que impida el pronunciamiento de fondo.**

Fuerza concluir esta Colegiatura, que el análisis de fondo que se hace para desatar la controversia plasmada, es en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA, en otra razón, por cuanto como se dejó ver de las pruebas obrantes, el servicio prestado sin el correspondiente amparo contractual tuvo como finalidad “evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud” de determinado afiliado, en donde en todo caso debe aparecer objetiva y manifiestamente acreditada la urgencia y la necesidad del servicio que ubicaron a las partes en la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y celebración del contrato.

3.2.- Oportunidad de la acción.

Frente a este presupuesto, se dirá que en reciente pronunciamiento el alto tribunal administrativo de lo contencioso ¹⁵, recopiló los cambios jurisprudenciales que ha padecido la caducidad, cuando se trata de la *actio in rem verso*, resaltado que la última postura, es del siguiente tenor:

“...1. A pesar de que en el pasado se ha sostenido la segunda de las tesis enunciadas¹⁶, considera la Sala prudente establecer que la caducidad debe contabilizarse desde el momento mismo del

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001 23 31 000 2006 01440 01 (42623), Actor: RUBÉN DARÍO SÁNCHEZ GÓMEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRÍO, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, auto de 29 de agosto de 2013, exp. 42916, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

acaecimiento del daño, por tres argumentos, a saber: (i) es la regla general que aplica para todas las acciones de reparación directa; (ii) el empobrecimiento se produce tan pronto el afectado termina de prestar el servicio personal; y (iii) de otra forma la configuración de la caducidad se dejaría a entera voluntad del demandante.

1. Efectivamente, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. -luego de la modificación introducida por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, los dos años se cuentan a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho dañoso, salvo en aquellos casos en los que se demuestre que el actor solo tuvo conocimiento de éste en un momento posterior.

2. Nótese como en lo relativo a esta acción el término de caducidad no está sujeto a la expedición de un acto administrativo o a la producción de un silencio administrativo negativo, como sí sucede en la acción de nulidad o en la acción de reparación directa, por el sencillo hecho de que lo que se demanda es el enriquecimiento sin causa, propiamente dicho, y no la decisión voluntaria y consciente de la entidad pública de no pagar al particular una suma de dinero.

3. De otro lado, tratándose de una actio in rem verso por cuenta del no pago de un servicio personal prestado el daño que se demanda es el empobrecimiento que al actor le produjo el correlativo enriquecimiento de la demandada, el cual acaece inmediatamente el afectado termina de prestar a la entidad los servicios personales no remunerados, puesto que es ahí cuando culmina la realización de una labor que de ordinario conlleva a una prestación, sin que exista esperanza de recibirla, comoquiera que no media un contrato estatal en tal sentido.

4. No se está ante una omisión, **teniendo en cuenta que el daño no deriva del incumplimiento del deber de la entidad de pagarle al demandante una suma de dinero por sus servicios, sino del hecho mismo de su enriquecimiento sin causa**, puesto que, como ya se dijo, en cabeza de ella no existía ninguna obligación en tal sentido, ante la ausencia de un contrato que sirviera como título jurídico para el efecto.

5. Finalmente, debe advertirse que la caducidad de la acción es un fenómeno objetivo, cuyo conteo inicia por virtud de la ley. En ese entendido, bajo ninguna circunstancia debe permitirse que una de las partes, fuere el motivo que fuere, pueda fijar de forma unilateral y sin sujeción a circunstancias objetivas el inicio del término de caducidad de la acción, pues si así fuera la misma existencia de la figura procesal carecería de sentido, en la medida en que bastaría con decir que la demandante puede acceder a la jurisdicción en cualquier tiempo. Sobre el particular, esta Subsección del Consejo de Estado se ha pronunciado así¹⁷:

17 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", auto del 30 de octubre de 2013, exp. 2012-10100 (46448), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

18. Al respecto, considera la Sala que la caducidad constituye una sanción objetiva de carácter legal, que no se puede sujetar a circunstancias personales, motivo por el cual el inicio del término de la misma no puede depender, en exclusiva, de la voluntad o el hacer de las partes. Así lo ha dicho esta Corporación:

El término de caducidad está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, invariable, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no.

Es por lo anterior que se da aplicación a la máxima latina "contra non volentem agere non currit prescriptio", es decir que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse¹⁸.

19. De este modo, para efectos de contabilizar la caducidad de la acción no se debe esperar a que la parte demandante pierda sus esperanzas de que los bienes que aduce ha perdido por causa de la administración aparezcan, puesto que sería tanto como establecer el inicio del término al arbitrio de la voluntad de uno de los contendientes.

6. En materia de la teoría del enriquecimiento sin causa no puede pretenderse que el término de caducidad se cuente desde el momento en el que el actor pierde toda esperanza de ser resarcido, en la medida en que tal expectativa, además de ser imposible jurídicamente, no revela un desconocimiento del daño, sino, en realidad, un deseo de que el mismo se resarza, sin tener que acudir a la justicia administrativa.

7. Según la jurisprudencia citada, aceptar tal cosa significaría permitir que sea el demandante quien fije, a su arbitrio, el momento a partir del cual empieza a correr el término legal, en la medida en que tal evento no dependería del acaecimiento de un hecho objetivo, sino de un mero ejercicio de voluntad suyo. " (resaltado y negrilla de la Sala)

Ahora bien, la misma jurisprudencia en cita, manifestó que no obstante la precisión del término de caducidad, se debía tener en cuenta la posición jurisprudencial vigente para el momento de la interposición de la demanda, habida cuenta que se debía garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia¹⁹.

En ese entendido, para el caso concreto, la postura vigente se aferraba a señalar que "... el momento en que surge el enriquecimiento sin justa causa, para estos efectos, corresponde a aquel en el que se exterioriza la intención de la demandada, consistente en no pagar el servicio prestado, cuestión que

18 [6] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2000, exp. 12200, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", auto del 25 de septiembre de 2017, exp. 2013-00044 (50892), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

ocurre al vencimiento de la factura o la cuenta de cobro a través de la cual el Hospital demandante pretendió recaudar las sumas adeudadas por la atención médica y asistencial brindada"²⁰.

Así entonces, la Sala advierte que el Hospital demandante pretende por esta vía que se declare que la entidad demandada le adeuda la suma de \$684.224.856 (fl.70-71) por concepto de la prestación de servicios médicos en favor de sus afiliados; actividad cuya realización, según el demandante, consta en las facturas relacionadas a folios 70 y 71 del expediente llevada a cabo entre los meses de febrero de 2000 y marzo de 2001 (fl.4-64).

Lo anterior, permitiría señalar que las prestaciones presuntamente ejecutadas en el lapso que comprende el período de reclamación (febrero de 2000 a marzo de 2001) fueron prestaciones aisladas e independientes las unas de las otras y, en tal virtud, el deber de pago que se reputa desatendido y que originó el alegado enriquecimiento sin causa se fue originando de manera paulatina pero autónoma respecto de cada actividad a medida que el servicio se fue dispensando y cobrando.

Siguiendo esa orientación, comoquiera que la demanda se interpuso el 11 de junio de 2001 (fl.83 vto), no opera caducidad de la acción en relación con los hechos constitutivos de enriquecimiento sin causa, porque ninguna de ellas se concretó con anterioridad al 10 de junio 1999, lo que deja dentro del análisis todo el periodo mencionado en la demanda, sin que se configure el fenómeno de la caducidad de la acción.

3.3. TRANSACCIÓN O ACUERDO DE PAGO

En este estado del proceso es meritorio resaltar que el ISS, en el escrito de contestación alegó la existencia de un acuerdo de pago o transacción entre las partes suscrita en septiembre de 2001, sobre algunas de las deudas reclamadas, lo cual es necesario verificar, pues tal situación impediría decidir de fondo el asunto relativo a la responsabilidad del Estado que se le imputa por la parte demandante.

El contrato de transacción implica la existencia de un litigio, presente o eventual, que las partes convienen en culminar o precaver, en todo o en parte, mediante su decisión voluntaria, acto jurídico que conlleva recíprocas concesiones a cargo de los contratantes.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01 (45448) Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

Así las cosas, en el presente evento debe identificar la Sala cuál fue el litigio que se pretendió precaver con el contrato de transacción referido (acuerdo de pago), con el fin de establecer frente a qué situaciones jurídicas constituyen cosa juzgada²¹, si es del caso.

Al respecto, a folio 138-142 del expediente reposa "ACUERDO DE PAGO CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y LA IPS ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA", presuntamente suscrito entre el representante legal del ISS y el representante legal del Hospital (a folio 143 reposa oficio firmado por el Gerente EPS SS SN del 21 de enero de 2003, en el que indica que el acuerdo original reposa en las oficinas de nivel nacional, lo cual no fue tachado de falso, ni controvertido con ninguna otra prueba idónea), en el que se resalta:

- i) Que se determinó la existencia a corte a 31 de julio de 2001 una deuda a cargo del ISS que asciende a la suma de \$ 742.127.113, por concepto de facturas no pagadas, correspondiente al servicio de salud.
- ii) Que las sumas se generan de obligaciones así:
 - Contrato No. 32, la suma de \$ 70.820.
 - Servicios prestados de urgencia a afiliados del ISS por un valor de \$742.056.293.
- iii) Que el ISS reconoció la deuda, sobre los servicios que han sido facturados, pero que no puede ser pagados hasta tanto no se culmine el correspondiente proceso de conciliación prejudicial.
- iv) Que el proceso de conciliación prejudicial se iniciaría dentro de los 30 días siguientes a la suscripción del documento.
- v) Que las partes acordaron reestructurar el pago adeudado con base en las proyecciones presupuestales efectuadas al ISS entre el 30 de noviembre de 2001 a 30 de junio de 2002.
- vi) Que el pago de la deuda, generaría exoneración de pago de cualquier tipo de interés.

²¹ Código Civil, artículo 2483.

La entidad accionada, indicó que los valores incluidos en dicho acuerdo de pago son las relacionadas a continuación, y sobre los cuales versan en el listado referido en la demanda (fl. 70-71):

No. Factura	Valor adeudado
- 200150	55.441.975,
- 200209	52.580.755,
- 200218	38.246.800,
- 200151	75.358.300,
- 200239	42.812.200,
- 201163	76.583.100
- 200174	33.229.800
Total	374.252.930

En virtud del acuerdo precitado, las partes establecieron que en el evento de haber iniciado algún proceso ejecutivo por razón de las deudas descritas, se solicitaría al juez respectivo la suspensión provisional del proceso y el levantamiento de las medidas cautelares que hubiesen sido ordenadas (fl. 141).

En esos términos, el acuerdo de pago suscrito entre las partes no hizo tránsito a cosa juzgada frente a las deudas constituidas en facturas de venta relacionada en el proceso de la referencia y en relación con la eventual responsabilidad patrimonial del ISS; es decir, si bien en el acuerdo de pago se encontraban inmersos valores que ahora también se reclaman, el pleito eventual quedó solo referido a procesos ejecutivos, pero además quedaba condicionado al trámite de una conciliación prejudicial, que según las pruebas obrantes no fue realizada. Tal conclusión emerge vehemente bajo el entendido de que el objeto del contrato de transacción suscrito no liberaba de responsabilidad a la ahora demandada hasta tanto no se culminara el proceso de conciliación prejudicial, y por tanto, no produjo efectos extintivos, o efectos para poner término a esta litis.

Conforme lo expuesto, no es posible constituir en el *sub exámine* uno de los elementos específicos para la transacción sentados por la doctrina, como lo es disponer de la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa a otra relación cierta y firme²².

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 6 de 1966)

397

3.4. PAGO DE LA OBLIGACIÓN

La entidad accionada, de igual manera señaló que las pretensiones encaminadas a obtener el pago del servicio de salud prestado por el Hospital San Rafael, no tiene asidero jurídico, en la medida que algunas de las sumas reclamadas ya fueron canceladas así:

No. Factura	Valor Pagado	Forma de pago
201574	2.587.043	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
201358	748.739	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
201262	37.700	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
201264	317.000	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
201263	163.595	Cancelado en cumplimiento de contrato No. 032 de 2000
201256	339.235	Cancelado en cumplimiento de contrato No. 032 de 2000
201582	4.410.374	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
207190	1.822.240	Cancelado en cumplimiento de contrato No. 032 de 2000
2011265	133.953.967	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200135	76.108.581	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
207191	58.675	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
207204	1.455.280	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
207203	878.140	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
207202	118.250	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002

208024	72.009	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
208018	28.680	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
208019	68.400	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
181	750.436	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
207206	1.308.672	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200152	844.700	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200235	771.100	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200234	419.900	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200040	586.700	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200241	1.438.700	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
200154	50.640.800	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
200162	343.700	Cancelado mediante resolución No. 82 del 28 de febrero de 2002
200161	562.300	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
200173	29.266.100	Cancelado mediante resolución No. 57 del 25 de febrero de 2002
Total	310.101.016	

Para el efecto, a folio 102 a 107, reposan las Resoluciones No. 057 y 082 del 25 y 28 de febrero respectivamente emitidas por el ISS, en donde se consignó que dicha facturación relacionada obedecía al concepto de atención de urgencias brindada a los afiliados a la EPS ISS, entre enero del año 2000 a marzo del año 2001, por las sumas, la primera de \$174.537.641, y la segunda, de \$121.191.720. De igual manera, obra sello en donde se identifican los siguientes datos relevantes:

*- Resolución No. 057:

- RP No. 42.00001* del 26 de febrero de 2002

- .- Dirigido a Hospital San Rafael de Tunja
- .- De ISS – Seccional Boyacá
- .- Rubro: 201020804 – urgencias
- .- Valor pte, vig: \$ 174.537.641
- .- Con rubrica de responsable en el pago de atención de urgencias incluida en acuerdo
- .- ISS/usuario/2002.02.26

*- Resolución No. 082:

- .-RP No. 42.000012* del 1 de marzo de 2002
- .- Dirigido a Hospital San Rafael de Tunja
- .- De ISS – Seccional Boyacá
- .- Rubro: 201020804 – urgencias
- .- Valor pte. vig: \$ 121.191.720
- .- Con rubrica de responsable en el pago de atención de urgencias incluida en acuerdo
- .- ISS/usuario/2002.03.01

Sin embargo, no se puede inferir que el acreedor hubiese recibido el pago de la deuda, máxime si quedó establecido que la forma en cómo debía hacerse el pago era *"expidiendo junto con la resolución de reconocimiento la orden de pago, los soportes respectivos emitidos por el sistema de seguridad social establecido por la Gerencia Nacional de Tesorería del ISS, para hacer pago efectivo de los valores reconocidos"* (fl. 104,107), de lo cual, nada de ello fue acreditado por quien tenía la carga probatoria, es decir, el ISS.

Sin embargo y pese de no haberse acreditado en debida forma el pago referido en las facturas relacionadas en las Resoluciones 057 y 082 de 2000, no supone *per se* que deba reconocerse y condenarse al pago en el *sub lite*, pues, debe dejarse en claro por esta instancia, que dichas resoluciones constituyen un título claro, expreso y exigible, y por tanto, hacía viable que el deudor buscara el pago adecuado a través de la acción ejecutiva.

Nótese que de las Resoluciones No. 057 y 82 emergen los elementos constitutivos de un título ejecutivo, pues de ellas se desprende la existencia formal y material de la deuda y deriva la certeza del derecho del acreedor y la obligación del deudor; es decir, lo que le permite al primero reclamar el cumplimiento de la obligación resultante del documento. En otras palabras, los documentos referidos conformen una unidad jurídica, emanan del deudor y a favor del acreedor, constituyéndose en una *"obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero"*.

Así las cosas, no es posible el estudio de fondo de las facturas en cita, restringiendo el asunto a los hechos constitutivos de enriquecimiento sin causa que se hubieran materializado frente a las facturas que no estén incluidas en dichas resoluciones.

3.5. DE LA CONFIGURACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CASO CONCRETO.

Cabe recordar, que en sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, perfiló su posición en torno a la procedencia de la acción de reparación directa como el medio adecuado para formular pretensiones relativas al enriquecimiento sin justa causa, la cual se supeditó a la ocurrencia de alguno de estas tres hipótesis:

"a) Cuando 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.

"b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

"c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993. 12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito,

falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales". "(...)"²³

Bajo el contexto jurisprudencial, para esta instancia el caso en estudio se concreta dentro de la segunda hipótesis de procedencia del enriquecimiento sin causa, habida consideración de que la actividad realizada sin soporte contractual tuvo por objeto la prestación integral del servicio de salud a los pacientes afiliados al ISS, desde la atención brindada en urgencias hasta los servicios de hospitalización, cirugías, práctica de exámenes de diagnóstico y suministro de medicamentos, patología, consulta externa, entre otros.

Empero, resulta imperioso advertir que aun en el marco de la prestación del servicio de salud, la procedencia de su reconocimiento en todo caso se encuentra supeditada a que se evidencien de forma real y efectiva los **elementos de urgencia y necesidad que motivaron la asistencia médica e impidieron llevar a cabo la debida selección de contratistas y la consecuencial celebración del contrato.**

No obstante, existen ciertas falencias probatorias que impiden tener plenamente acreditada la alegada prestación del servicio médico y asistencial durante el interregno indicado, así como las condiciones de urgencia y necesidad en que el mismo fue brindado.

Al respecto, se recuerda que el hospital demandante pretende el reconocimiento excepto de las facturas ya excluidas de análisis, de la suma de \$ **376.578.000**, referidas a continuación, por servicios prestados entre enero de 2000 y marzo de 2001, de la atención en urgencias, hospitalización, consulta externa, consulta especializada, patología, y servicios ambulatorios:

No. Factura	Valor adeudado
- 200150	55.441.975,
- 200209	52.580.755,
- 200218	38.246.800,
- 200151	75.358.300,
- 200239	42.812.200,

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- 201163	76.583.100
- 200174	33.229.800
- 201263	163.595
- 201256	339.235
- 207190	1.822.240
-209005	70.820
Total	\$ 376.648.820

De igual manera, la parte demandante allegó al plenario varias cuentas de cobro presentadas por la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja a ISS en las cuales se enunció, de manera general, el tipo de servicio médico brindado entre el 1 enero de 2000 y marzo de 2001 y su valor. Todos esos documentos cuentan con constancias de recibidos por ISS.

Así mismo, militan en el expediente documentos consolidados de facturas de urgencias del mes de abril de 2001 por valor de \$ 18.648.500 y 14.215.900 (fl.33-36), del mes de enero de 2001 por valor de \$ 27.565.800 (fl.39-45), del mes de febrero de 2001 por valor de \$ 23.514.200 (fl 52-56), y del mes de marzo de 2001 por valor de \$ 24.279.200 (fl 60-63).

Sobre el particular, es del caso señalar que aun cuando obran las aludidas pruebas, lo cierto es que de su contenido no se desprende el tipo de servicio prestado, la individualización del paciente atendido, el concepto por el cual se adeuda la suma indicada, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar que justificaron la prestación del servicio en las sumas solicitadas, lo cual se hacía indispensable para alcanzar lo pretendido.

Al respecto, vale la pena traer literalmente el análisis surtido por el alto Tribunal en el caso de similares contornos, que atiende esta instancia:

"...Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, resulta de suma importancia indicar que la simple presentación de una cuenta de cobro ante la entidad accionada no tiene vocación suficiente para acreditar la efectiva prestación de los servicios que allí se hacen constar y tampoco para derivar de esa circunstancia el surgimiento de la obligación de pago.

Al parecer, la actividad probatoria desplegada por el accionante se orientó al recaudo de las facturas originales -que por demás finalmente no se arrimaron en su totalidad a la causa dejando de lado el hecho de que ello por sí solo no acredita la prestación del servicio cuyo reconocimiento se solicita

400

Sobre el particular, resulta de gran relevancia reiterar los razonamientos que ha expuesto esta Subsección en torno a la apreciación de las pruebas de las cuentas médicas, dentro del proceso en el que se debate la existencia de las obligaciones de pago por los servicios prestados:

*Sin embargo, cuando se trata de un servicio de atención médica en salud, cuya debida prestación está siendo discutida en un debate judicial, el fallador no puede acotar su labor a verificar que los informes acerca del servicio hubieren sido radicados, sino que se le impone el deber de valorar el contenido de los soportes presentados al proceso, formal y materialmente, para corroborar que los mismos correspondan al servicio debidamente ordenado y efectivamente prestado, toda vez que siendo ello lo que se debate, sólo de esa forma puede establecerse la obligación de pago y fundar una condena debidamente motivada en contra de la EPS o de la entidad obligada a honrar la respectiva cuenta"*²⁴

Como se aprecia, en este evento resultaba imperioso sustentar la causación de las sumas reclamadas con los soportes de la efectiva prestación del servicio de salud, cuestión que en el caso bien podía comprobarse con los mismos documentos procedentes de la institución prestataria, en cuanto era ella la que se encontraba obligada a custodiar en sus archivos los soportes del servicio dispensado, tales como copias de los carnés de los pacientes que dieran cuenta de que la atención se dio por razón de su afiliación a Cajanal, la historia clínica en la que constara el tipo de atención brindada y en la que pudiera extraerse las fechas en que se proporcionó el servicio, las órdenes de servicios, las constancias de ingreso a la institución y la descripción de los procedimientos y exámenes practicados, por citar algunos ejemplos.

*Se aclara que no es la intención de esta instancia crear una especie de tarifa legal para estos efectos. Cuestión distinta es que se enfatice en la necesidad de contar con elementos de prueba conducentes y pertinentes para demostrar los supuestos de hecho en los cuales se funda la reclamación."*²⁵

Concretando la situación, la actividad probatoria desplegada por la parte demandante no es suficiente, pues si bien se aportaron facturas y cuentas de cobro, por sí mismas, no queda acreditada la prestación del servicio en salud, de cuyo reconocimiento se solicita.

Sobre el particular, es necesario señalar que dentro del libelo introductorio, se solicitó decretar como pruebas los soportes de las facturas y cuentas de cobro, tales como fotocopia del carne, cédula de

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente: 32905, actor: Visisalud Ltda., demandado: Caprecom E.P.S., C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ sentencia emitida por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01218-01(45448) Actor: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

paciente, orden o autorización para realizar el procedimiento expedida por el ISS, copia de epicrisis, informes quirúrgicos, RX y en general todo los documentos que le sirvieran de soporte a la factura que se presentaba para cobro (fl. 81), lo cual fue decretado en auto emitido el 5 de junio de 2000 (fl.124); no obstante, en oficio recepcionado el 10 de febrero de 2003 (fl. 159-160), por la Gerente del Seguro Social Seccional de Boyacá se manifestó que:

"... la anterior precisión con el propósito de solicitar comedidamente a este Tribunal, considerar la solicitud de copias de cada uno de los soportes de cada una de las cuentas, dado que los mismos pueden ascender perfectamente a 55.000 folios. De la misma forma los originales de las certificaciones, objeciones iniciales y glosas, se adjuntan a cada cuenta y es muy dispensiosa su ubicación"

En esa medida, las pruebas de las cuentas médicas no fueron arrimadas, sin que la parte demandante cuestionara dicha situación, culminando la etapa probatoria, sin exigencia alguna al respecto²⁶, dejando de lado la oportunidad de valorar el contenido de dichos soportes, para corroborar el servicio prestado y determinar que estaba en condiciones de establecerse la obligación de pago y fundar una condena debidamente motivada en contra de la EPS.

Bajo los argumentos expuestos, se denegaran las pretensiones solicitadas en la demanda.

4. COSTAS

No se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. - Sin condena en costas.

²⁶ Mediante auto del 12 de julio de 2017, se corrió traslado de alegatos fl. 372-373

401.

TERCERO.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No.4 de la fecha.

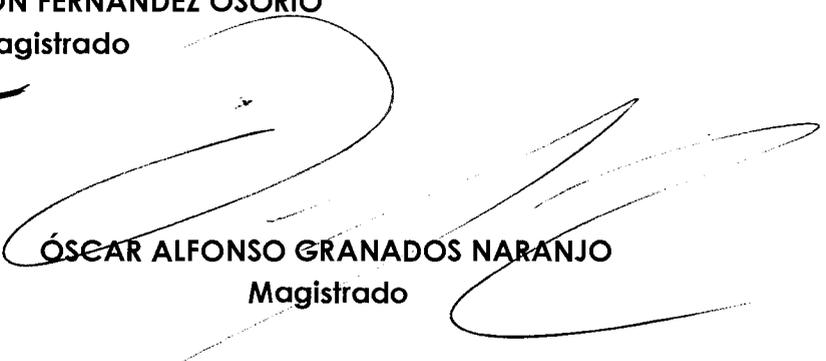
NOTIFÍQUESE Y CÚMBLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVERO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Radicado: 1500023310002001012000
Demandante: Hospital San Rafael
Demandado: ISS
Acción: actio in rem verso