



CONTRATO ESTATAL– PRESTACION DE SERVICIOS – Documentos – públicos - privados – valor Probatorio

Art. 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

“Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva. (Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010)

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“Art. 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando

consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN TERCERA

Subsección C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación: 13001-23-31-000-2000-00341-01 (25.801)

Demandante: Rocío Martínez Urieles

Demandado: Hospital Universitario de Cartagena

Referencia: Acción de controversias contractuales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar - fls. 132 a 138, cdno. ppal.-, que negó las pretensiones.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Rocío Martínez Urieles -en adelante la demandante, la contratista o la parte actora-, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda -fls. 31 a 34, cdno. 1- contra el Hospital Universitario de Cartagena -en adelante el demandado, el Hospital o la entidad- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 33, cdno. 1-:

“1.-Que con fundamento en lo ordenado en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, se ordene la Liquidación Judicial del contrato de prestación de servicio suscrito entre la Señora ROCIO MARTINEZ URIELES y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA, y se incluya dentro de la Liquidación las siguientes sumas \$ 37 709 452, TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS, correspondientes al 10% del valor total de las cuentas Auditado, más los intereses de Mora causados por mensualidades desde el día 4 del mes de Junio de 1999. Mas (sic) los intereses legales hasta cuando se produzca la liquidación del contrato y se efectuó el pago total del mismo.”

Manifestó que entre ella y el Hospital Universitario de Cartagena se suscribió, el 30 de septiembre de 1998, un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo objeto consistió en la revisión de las cuentas “que serían presentadas por la Oficina de Facturación a las diversas empresas (EPS, ARS, IPS, SOAT) y otras que contratan la prestación de servicios con el Hospital”, y la realización de las “Notas Créditos” pertinentes y las cuentas devueltas por las citadas empresas, “además revisar y contestar las notas débitos realizadas por las Empresas EPS. ARS. IPS., y otras, a las cuentas presentadas por los contratistas por producción soportadas.” -fl. 31, cdno, 1-.

Los honorarios se pactaron en el 10% sobre las sumas que la contratista obtuviera en favor del hospital de las Notas Crédito a las facturas presentadas a los contratistas y de las Notas Débitos que hiciera a las facturas presentadas por los contratistas por producción. El término del contrato fue de un año, contado desde la suscripción, hasta el 1 de octubre de 1999.

El 26 de noviembre de 1998, se suscribió el otrosí No. 01, por medio del cual se aclararon las cláusulas primera y segunda del contrato, quedando del siguiente tenor: “cláusula primera. La contratista se compromete con el Hospital a revisar las cuentas que serán presentadas por la oficina de facturación a las distintas empresas EPS, ARS, IPS, SOAT Y OTRAS, que contratan la prestación de servicios con el Hospital y realizará las notas Débitos que sean pertinentes, lo mismo que a las cuentas devueltas por las citadas empresas, además de revisar y contestar las

Notas Débitos realizadas por las empresas EPS, ARS; IPS; SOAT, y OTRAS a las cuentas presentadas por los contratistas por producción deberá revisarlas y hacerle las notas débitos que sean del caso debidamente soportadas.” –fl. 31, cdno. 1-.

La cláusula segunda quedó así: “Los honorarios que devengará la Contratista será el 10% de las sumas definitivas que logre establecer a favor del Hospital por las Notas débitos a las facturas presentadas a nuestros contratistas y de las Notas débitos que haga a las facturas presentadas a los contratistas por producción.” –fl. 31, cdno. ppal.-.

Sostuvo que cumplió sus obligaciones y que entre junio de 1999 y noviembre del mismo año presentó diez (10) cuentas de cobro –fl. 32, cdno. 1- que ascendían a \$377'094.521, y el monto total adeudado a la demandante, por concepto de “auditaje”, es de \$34'955.400 –fl. 32, cdno. ppal.-. En este orden, al cumplir lo pactado y presentar las cuentas respectivas, el Hospital estaba obligada a pagarle el 10% del valor respectivo. Finalmente, en el contrato no se estipuló término para liquidarlo, y el período legal para hacerlo venció.

2. Contestación de la demanda

El hospital no contestó la demanda.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Reiteró lo expresado en la demanda, y advirtió frente a los argumentos que el hospital expuso en la *audiencia de conciliación* -que finalmente se declaró fallida (fls. 57 y ss., cdno. 1)-, que: i) el contrato de prestación de servicios, celebrado sin formalidades plenas, no era nulo; ii) que constituyó la garantía de cumplimiento, y aunque la Empresa Social del Estado no la aceptó, no podía alegar tal omisión para negarse a liquidar el contrato; iii) que el contrato contaba con disponibilidad presupuestal, aunque se expidió un (1) año después de celebrado, precisamente porque carecía de cuantía determinada; además, si acaso existió algún error en este requisito es imputable a la administración no a él; iv) el contrato no se publicó, porque no exigía las formalidades plenas del artículo 39 de la Ley 80 de 1993; y v) no estaba obligada a presentar paz y salvo de la contraloría, comoquiera que

ninguna norma lo exigía como requisito para perfeccionar los contratos estatales –fls. 64 a 76, cdno. 1-.

Asimismo, reprochó la actitud del demandado porque a pesar de que no contestó la demanda propuso excepciones y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sólo que lo hizo en la *audiencia de conciliación*. Finalmente, solicitó que se “aplique” la teoría del enriquecimiento sin causa –fl. 74, cdno. 1.-, en razón a que la contratista atendió las obligaciones del contrato y no recibió la remuneración.

3.2. Del Hospital: Propuso los siguientes argumentos de defensa: *i) incumplimiento de los requisitos esenciales y la consecuente inexistencia del negocio jurídico:* Señaló –como lo había hecho en la audiencia de conciliación- que el contrato no se perfeccionó porque no cumplió “los requisitos esenciales para su validez” –fl. 62, cdno. 1-, y como se regía por la Ley 80 de 1993 debía cumplir las siguientes exigencias: hoja de vida con sus anexos –cédula de ciudadanía, certificado de estudios, tarjeta profesional, libreta militar, certificado de antecedentes del DAS, libreta militar para los hombres-; constancia de afiliación a una EPS, a pensiones y a cesantías; certificado de paz y salvo expedido por la Contraloría Departamental de Bolívar; publicación en la Gaceta Departamental; póliza de cumplimiento; acto administrativo de aceptación de la póliza anterior y disponibilidad presupuestal –fl. 63, cdno. ppal.-.

Precisó que el contrato adoleció de la mayoría de estos requisitos de validez y existencia, y que lo único que el demandante aportó en tiempo fue la copia de la cédula. En particular, aseguró que el contrato adoleció de: *a) disponibilidad presupuestal*, porque se expidió con posterioridad a la ejecución del contrato, y por un valor inferior, y *b) la expedición de la póliza de cumplimiento* fue extemporánea, porque data del 27 de noviembre de 1998, es decir, después de suscrito el contrato y su otrosí No. 1.

ii) Ausencia de registro del contrato. Sostuvo que aun cuando el contrato debía registrarse en el libro de numeración consecutiva de la entidad pública, tampoco se cumplió este requisito.

3.3. Concepto del Ministerio Público: Solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que las pruebas se aportaron en copia informal, entre ellas la del contrato. Asimismo, como el demandante no solicitó la práctica de pruebas que dieran cuenta de la veracidad de sus afirmaciones, el Tribunal no podía acceder a las pretensiones –fls. 123 a 126, cdno. 1-. En todo caso, en gracia de discusión, ni siquiera se cumplió un requisito para el perfeccionamiento del contrato: contar con la disponibilidad presupuestal, así que el negocio jurídico no existió.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones, al considerar que el contrato suscrito no era apto para que surgieran las obligaciones y contraprestaciones, teniendo en cuenta que para perfeccionarlo se requería cumplir con los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en particular la disponibilidad presupuestal, y como no se satisfizo no surgieron las obligaciones.

5. El recurso de apelación

El demandante asegura que el contrato tenía disponibilidad presupuestal que lo respaldaba, fechada el 1 de octubre de 1999, y que en todo caso la obligación de expedir tal documento, antes de que se ejecutara el negocio, era del Gerente del Hospital. De otro lado, la obligación del contratista de constituir la póliza de cumplimiento también se cumplió, y obraba en el expediente.

De igual manera, una vez más, nuevamente propuso la teoría del enriquecimiento sin causa a favor del hospital y en contra suya, provocada por la negativa de éste en liquidar el contrato accediendo a pagarle los honorarios. Igualmente, reiteró que la falta de pago desconoció sus derechos laborales –previstos en el artículo 53 de la Constitución Nacional-, aunque su relación no era de esta naturaleza.

6. Alegatos en el trámite del recurso

Ni las partes, ni el Ministerio Público alegaron de conclusión.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que revocará la sentencia y accederá a las pretensiones de la demanda. Para justificar esta postura se expondrán las siguientes razones: *i)* la competencia de la Corporación para conocer del recurso; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* análisis sobre el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, lo que exige analizar: a) las generalidades sobre la aplicación del *derecho privado* a la contratación de algunas entidades estatales: 1) De la proclamación de un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a la huida lenta de algunas entidades hacia el derecho privado: el surgimiento de las *entidades excluidas* y 2) Revisión del proceso de huida del derecho administrativo en materia contractual; b) el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado -E.S.E.-; y *iv)* el caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

¹ “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)”

² “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)”

“Sección tercera (...)”

“Las controversias de naturaleza contractual.”

En el asunto que nos ocupa, el demandante presentó acción contractual contra el Hospital Universitario de Cartagena, pretendiendo el pago de sus honorarios y la liquidación del contrato de prestación de servicios. Finalmente, cuando se presentó la demanda -19 de septiembre de 2000- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$26'390.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$37'709.452.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, concretamente las relevantes para resolver el caso *sub iudice*, y para fundamentar el sentido de la decisión que se adoptará.

2.1. Consideración previa sobre el valor probatorio de los documentos, concretamente la posibilidad de que la copia simple tenga valor probatorio.

La Sala recuerda que el Ministerio Público, que intervino en la primera instancia de este proceso, le pidió al juez que negara la validez probatoria de los documentos aportados con la demanda –entre ellos el contrato-, porque se aportaron en copia simple, de ahí que sea necesario estudiar esta solicitud. Precisamente, desde hace varios años la Sección Tercera, Subsección C, ha reconocido valor a estos documentos en los siguientes supuestos: *i)* cuando son admitidos por la entidad estatal, porque se tiene establecido, en forma pacífica y reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, comoquiera que provienen de una autoridad pública que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte.

ii) Además, se han valorado como auténticas las pruebas aportadas por el actor, cuando se observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

Para fundamentar estos criterios se ha expresado, en relación con las normas que regulan la materia, que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del CPC., cuyo sentido literal es el siguiente:

"Art. 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

"El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

"1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

"2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

"3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

"Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

"4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

"5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

"Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por

los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva. (Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010)

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“...”

“Art. 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Estas dos disposiciones aplican a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A., pero es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del CPC., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“Art. 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.” (Negrillas fuera de texto)

La citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011³. Lo relevante del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que

³ “Art. 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional -artículo 83- y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

El artículo 215 de la Ley 1437 de 2011 permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia. La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

"Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la *naturaleza* del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. En este nivel que es el más básico, la confianza (*Zutrauen*) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.

"En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural..."⁴

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial. No obstante, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo Código General del Proceso–, corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

"Art. DÉCIMO SEXTO. Corríjase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

"A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos [126](#), [128](#), la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del [129](#), [130](#), [133](#), la expresión "[practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130](#)" del 134, las expresiones "[y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130](#)" y "[sin tales formalidades](#)" del 136 y [202](#) del Código Civil; artículos [9º](#) y [21](#) del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8º [inciso 2º](#) parte final, [209 A](#) y [209 B](#) de la Ley 270 de 1996; el artículo [148](#) de la Ley 446 de 1998; [211](#) y [544](#) del Código de Procedimiento Civil; el numeral [1](#) del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso [1º](#) de la Ley 1116 de 2006; el inciso [2º](#) del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "[que requerirá presentación personal](#)"

⁴ LUHMANN, Niklas "Confianza", Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

del artículo 71, el [inciso 1° del artículo 215](#) y el [inciso 2°](#) del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral [4](#), el literal [e\)](#) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral [8](#) del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo [34](#) del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley..." (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso -C.G.P.- la disposición pertinente de la Ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada⁵.

⁵ "Art. 627. Vigencia. La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

"1. [Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012](#). Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

"2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

"3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

"4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

"5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

"6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podían entrar en vigencia el 1 de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Art. 243. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Art. 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.” (Negrillas fuera de texto)

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Art. 245. Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Art. 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser

necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del CPC., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

Ha expresado esta Subsección que en casos como este la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental simple aportada por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto que ninguna parte objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá en relación con las demandas a que se refiere el párrafo anterior, valor a la prueba documental que ha obrado en el proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. Este paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política, abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia -arts. 228 y 229 CP.-. Lo anterior no significa que se apliquen normas derogadas –ultractividad- o cuya

vigencia se encuentra diferida en el tiempo –retroactividad-, simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas quienes con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales –v.gr. alegatos, recursos, etc.- los convalidan, razón por la que mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha privilegiado en pluralidad de decisiones⁶.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999- 01250, oportunidad en la que se precisó: “De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.

“En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.” (Negrillas adicionales).

De igual forma, se pueden consultar la sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 20.171, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se precisó: “Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

En estos términos, no puede denigrarse de la prueba documental aportada en copia simple cuando no fue tachada de falsa, porque se atenta contra los principios analizados; tesis finalmente acogida por la Sala Plena de la Sección Tercera –sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022. CP. Enrique Gil Botero-, que en *sentencia de unificación* expresó exactamente la misma idea, y en particular puntualizó que:

“Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”

(objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.
(...)

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

“Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivas de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra...”

De esta manera, la Sección Tercera unificó el criterio sobre el valor probatorio de las copias simples, y por tratarse de una sentencia de esta naturaleza su vinculación es forzosa.

2.2. Lo probado en el proceso

Definido lo anterior, la Sala examinará qué se encuentra probado en el proceso, para concretar el alcance de la controversia.

a. Está demostrado que entre Rocío Martínez Urieles y la Empresa Social del Estado, Hospital Universitario de Cartagena, se suscribió, el 30 de septiembre de 1998, un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo objeto fue:

“La contratista se compromete con el Hospital a revisar las cuentas que serán presentadas por la Oficina de Facturación a las diversas empresas (EPS, ARS, IPS, SOAT y otras) que contratan la prestación de servicios con el Hospital y realizar las Notas Créditos que sean pertinentes, lo mismo que a las cuentas devueltas por las citadas empresas. Además, a revisar y contestar las Notas Débitos realizadas por las Empresas (EPS, ARS, IPS, SOAT y otras). A las cuentas

presentadas por los contratistas por producción deberá revisarlas y hacerles las notas débitos que sean del caso debidamente soportadas.”

Los honorarios se pactaron en el 10% de las sumas que la profesional obtuviera a favor del Hospital, en cumplimiento del objeto convenido. El plazo se estipuló en un año, contado a partir de la suscripción del contrato. Además, la contratista se obligó a tomar una póliza de cumplimiento y otra de responsabilidad extracontractual, ambas a favor de la ESE.

Finalmente, la *cláusula séptima* fue del siguiente tenor: “SÉPTIMA. Este contrato es de Derecho Público y estará sujeto a la Ley 80 de 1993 y su legalización será conforme a la misma.” –fl. 29, cdno. 1-

b. El 26 de noviembre de 1998, las partes suscribieron el otrosí No. 1, y dispusieron que las cláusulas primera, segunda y tercera del contrato quedarían así:

“Primera: Objeto: La Contratista se compromete con el Hospital a revisar las cuentas que serán presentadas por la Oficina de Facturación a las diferentes empresas (EPS, ARS, IPS, SOAT y OTRAS) que contratan la prestación de servicios con el Hospital y realizar las Notas Débitos que sean pertinentes, lo mismo que a las cuentas devueltas por las citadas empresas (EPS, ARS, IPS, SOAT y OTRAS). A las cuentas presentadas por los contratistas por producción deberá revisarlas y hacerles las notas débitos que sean del caso debidamente soportadas.

“Segunda: Los honorarios que devengará la Contratista será el 10% de las sumas definitivas que logre establecer a favor del Hospital por Notas Débitos a las facturas presentadas a nuestros contratistas y de las Notas Débitos que le haga a las facturas presentadas a los contratistas por producción.

“Tercera: El valor que establecen las partes contratantes para obtener las pólizas es de Tres Millones de Pesos (\$3.000.000.00) M/tce.” –fl. 30, cdno. 1-

c. El 27 de noviembre de 1998, la contratista constituyó a favor del hospital la garantía única de cumplimiento No. 34000000081, con la Aseguradora Solidaria de Colombia –fl. 2, cdno. 1-. En la misma fecha, el contratista suscribió el seguro de responsabilidad civil extracontractual, en virtud del cual amparó a terceros durante la prestación del servicio. –fl. 3, cdno. 1-

d. El 1 de octubre de 1999, la Jefe de presupuesto de la E.S.E. expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1138, que respalda el contrato *sub iudice*, por valor de \$18'931.707 –fl. 7, cdno. 1-.

e. Se aportaron al expediente varias certificaciones emitidas por funcionarios del Hospital Universitario de Cartagena, que dan cuenta del cumplimiento del objeto convenido por parte de la contratista.

En este sentido, se observa que 29 de septiembre de 1999 la Jefe de Presupuesto hizo constar que la "LIC. ROCIO MARTINEZ URIELES, con C.C. # 33.215.013 Expedida en Mompóx; suscribió un contrato de Prestación de Servicios por Producción con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO con derecho a recibir el 10% de las Notas Débitos y Créditos auditadas de las E.P.S, A.R.S Y SOAT." Allí mismo precisó que el monto adeudado a la contratista, por concepto de auditaje, era de \$34'955.400 –fl. 4, cdno. 1-.

El 28 de septiembre de 1999, el Coordinador de Cartera del Hospital Universitario de Cartagena certificó que la demandante auditó y envió a la sección de cartera las siguientes facturas –fl. 5, cdno. 1-:

"REMISION #	A, R, S,	FACTURA #	VALOR A PAGAR
"1.	SALUDCOOP O.C	43772	\$ 13.400,00
"2.	SALUDCOOP O.C	41442	\$ 28.684,00
"3.	SALUDCOOP O.C	31329	\$ 14.632,00
"4.	SALUDCOOP O.C	42181	\$ 13.400,00
"5.	SALUDCOOP O.C	33896	\$ 13.400,00
"6.	SALUDCOOP O.C	40005	\$ 46.348,00
"7.	SALUDCOOP O.C	40189	\$ 29.113,00
"8.	SALUDCOOP O.C	41092	\$ 34.432,00
"9.	SALUDCOOP O.C	40230	\$ 14.419,00
"10.	SALUDCOOP O.C	39730	\$ 13.400,00
"11.	SALUDCOOP O.C	00009	\$ 13.400,00
"12.	SALUDCOOP O.C	39811	\$ 25.896,00
"13.	SALUDCOOP O.C	40277	\$ 17.036,00
"14.,	SALUDCOOP O.C	175	\$ 194.480,00
"15.	SALUDCOOP O.C	34140	\$ 25.388,00
"16.	SALUDCOOP O.C	39114	\$ 15.092,00
"17.	SALUDCOOP O.C	38486	\$ 13.400,00
"18.	SALUDCOOP O.C	39112	\$ 15.092,00
"19.	SALUDCOOP O.C	37657	\$ 62.531,00

"20.	SALUDCOOP O.C	39625	\$	369.672,00
"21.	SALUDCOOP O.C	40436	\$	13.400,00
"22.	SALUDCOOP O.C	40760	\$	13.400,00
"23.	SALUDCOOP O.C	00008	\$	13.400,00
"24.	SALUDCOOP O.C	37959	\$	49.400,00
"25.	SALUDCOOP O.C	45620	\$	419.310,00
"26.	COOVIDA	20591	\$	123.813,00
"27.	COOVIDA	31157	\$	205.674,00"

El día anterior el mismo funcionario había certificado -27 de septiembre de 1999- que la licenciada Rocío Martínez Urieles auditó las cuentas que a continuación se relacionan y las envió al servicio de cartera –fl. 6, cdno. 1-:

"REMISION #	A. R. S.	FACTURA #	VALOR A PAGAR
"1.	COOSALUD	65565	\$ 861.022,00
"2.	COOSALUD	73671	\$ 40.500,00
"3.	COOSALUD	64309	\$ 63.600,00
"4.	COOSALUD	54662	\$ 843.048,00
"5.	COOSALUD	71258	\$ 15.500,00
"6.	MUTUAL...	63533	\$ 84.900,00
"7.	MUTUAL...	50368	\$ 467.712,00
"8.	MUTUAL...	70868	\$ 1.022.315,00"

El 13 de septiembre de 1999, el Coordinador de Cartera de la ESE demandada certificó que la demandante auditó y envió a la sección de cartera las facturas que se relacionan a folio 8 del cuaderno 1; La misma situación se predica, entre otras, de las certificaciones del 9 de julio de 1999, cuyo valor total correspondió a \$3'331.069 –fl. 24, cdno. 1-; del 23 de julio de 1999, por valor de \$5'627.133,00 –fl. 26, cdno. 1-; del 25 de agosto de 1999 –fls. 10 y 11, cdno. 1-; del 26 de agosto de 1999 –fls. 21 a 23, cdno. 1-; del 15 de septiembre del mismo año –fl. 9, cdno. 1-; del 16 de septiembre de 1999 –fl. 18, cdno. 1-; del 21 de septiembre de 1999 –fls. 13 a 16-; y del 27 de septiembre de 1999 –fl. 77, cdno. 1-. Asimismo, el 23 de agosto de 1999, este funcionario certificó que la señora Rocío Martínez Urieles, auditó las cuentas de Radiología Asociados de los meses de febrero, marzo y abril de 1999, por un valor total de \$3'096.712,00.

f. El 30 de julio de 1999, la demandante presentó una cuenta de cobro por valor de \$3'877.693, correspondiente al 10% de las notas débito y crédito realizadas a las diferentes A.R.S. por parte del Hospital, correspondiente al período comprendido entre diciembre de 1998 a junio de 1999 –fl. 17, cdno. 1-.

Asimismo, el 23 de agosto de 1999 la contratista presentó una cuenta de cobro por valor de \$3'096.712, correspondientes al 10% de las notas débito realizadas a las cuentas por producción de la sociedad Radiólogos Asociados, en los meses de febrero, marzo y abril de 1999. El 4 de junio de 1999, la señora Rocío Martínez Urieles presentó una cuenta de cobro por valor de 3'331.069, correspondientes al 10% de las notas débitos realizadas a las cuentas presentadas por producción, en el mes de febrero de ese año y a las notas créditos a los procedimientos no facturados y eventos no soportados por parte del Hospital Universitario de Cartagena a las A.R.S. contratadas en los meses de noviembre y diciembre de 1998 y enero, febrero y marzo de 1999 – fl. 78, cdno. 1-.

A folio 79 del cuaderno 1 obra una cuenta de cobro de la demandante, por el 10% de las notas débitos y créditos realizadas a las cuentas formuladas a las diferentes A.R.S. por parte del Hospital, en los períodos comprendidos entre noviembre y diciembre de 1998, y enero, febrero, marzo, abril y junio de 1999, por valor de \$6'189.984. Del mismo modo, el 30 de julio de 1999, la contratista presentó una cuenta de cobro por concepto del 10% de las notas débito realizadas a las cuentas por producción de los especialistas adscritos al Hospital de enero a diciembre de 1997 y enero y diciembre de 1998, por valor de \$5'627.133.

g. La Sala también encuentra demostrado que el hospital no niega que la demandante haya realizado los trabajos que se le encomendaron, y que asegura que los realizó; tampoco discute los valores de las facturas, ni los conceptos o el alcance del trabajo ejecutado, es decir, no existe prueba documental o testimonial que lo niegue o que por lo menos lo ponga en duda. La defensa de la entidad de salud se concreta en negar la existencia y/o la validez del contrato de prestación de servicios, porque no cumplió algunos requisitos legales, necesarios para que se perfeccionara y/o se pudiera ejecutar.

3. Régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado

Para resolver el caso concreto, cuyos problemas jurídicos subyacentes reclaman precisar cuál es el régimen contractual aplicable a las Empresas Sociales del Estado, hay que aclarar dicho tópico para comprender la solución que se le dará al fondo de la controversia, como pasa a estudiarse.

3.1. Consideraciones generales sobre la aplicación del *derecho privado* a la contratación de entidades estatales.

a. De la proclamación de un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a la huida lenta de algunas entidades hacia el derecho privado: el surgimiento de las *entidades excluidas*.

Una de las pretensiones más claras, y declarada, de la Ley 80 de 1993 fue convertir la codificación de los negocios jurídicos del Estado en un Estatuto Único de Contratación, o por lo menos en un Estatuto General en cuanto a su aplicación, de ahí que el artículo 2 hizo una relación prácticamente completa de las entidades que conforman la estructura del Estado colombiano⁷, para designarlas como destinatarias de este régimen jurídico, así que incluyó a todas las ramas del poder público, y a cada uno de sus órganos.

Cuando sólo habían transcurrido pocos años, contados desde que entró en vigencia la Ley 80, esa pretensión unificadora tuvo reveses fuertes, porque se promulgaron leyes sectoriales de la administración pública que crearon excepciones a la regla recientemente formulada. Fue por esto que algunas entidades relacionadas en el art. 2 citado fueron excluidas, una a una, de aquella

⁷ “Art. 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

regulación. En estos términos, en lugar de una "ley general" de contratación para el Estado, las leyes sectoriales establecieron -con diversas fórmulas semánticas, pero que significaban lo mismo- que determinadas entidades públicas "se regirían en materia contractual por el derecho privado", o sencillamente que "no se regirían por la Ley 80 de 1993". Fue el caso de las Empresas Sociales del Estado -Ley 100 de 1993-; los operadores de los servicios públicos domiciliarios -Ley 142 de 1994-; las entidades públicas prestadoras del servicio de televisión -Ley 182 de 1995-; las universidades públicas -Ley 30 de 1992-; las Cooperativas de Entidades Estatales -Ley 454 de 1998-; el Banco de la República -Ley 31 de 1992-; entre otras, que de esta manera, y en fechas distintas, quedaron excluidas del régimen común de la contratación estatal, con justificaciones y finalidades diversas, más o menos bien fundadas e intencionadas.

Entre las razones más importantes que se ofrecieron para respaldar que el legislador exceptuara de la normativa administrativa a estas entidades públicas, se enunciaron: i) la necesidad de dotarlas de agilidad, flexibilidad y eficacia, porque el derecho administrativo es lento y pesado, en comparación con el derecho privado; ii) prepararlas y facilitarles la capacidad para competir en el mercado de los bienes que cada una presta, porque el derecho privado se ajusta mejor a este escenario; y iii) la necesidad práctica de asimilar el régimen jurídico de las entidades públicas al de los particulares que prestarán los mismos servicios, con la finalidad de que no se creen ventajas que dificulten excesivamente la capacidad del Estado para prestar esos servicios⁸.

⁸ En "Huida y vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones - Tendencias del Derecho Administrativo", David Suárez Tamayo expresa sobre este mismo tópico: "En cuanto a las causas que generalmente se esgrimen para plantear una supuesta huida del Derecho administrativo se tendrían unas que llamaríamos internas institucionales, y otras que son de carácter externo. En las primeras estarían: la ineficiencia -lentitud- demora de los entes públicos, la corrupción, el clientelismo, el déficit fiscal y la consiguiente necesidad de austeridad que se ve reflejada casi siempre en las reformas, suprimiendo y liquidando entidades estatales. En las segundas, de carácter externo se ubican fenómenos, tendencias ideológicas y ciclos económicos de carácter mundial, que son impuestos por los países desarrollados o por entes y organismos transnacionales tales como, la globalización, el neoliberalismo, la eliminación de monopolios, la libre competencia, las privatizaciones, las reformas y ajustes institucionales, la reducción del aparato estatal.

"No obstante, consideramos, que detrás de esas razones explícitas, se esconden otras implícitas, aquellas que buscan a través del pretexto de la agilidad, la eficiencia, la eficacia, la celeridad, la economía, y la rentabilidad, -que supuestamente brindan las formas y las normas privadas-, obtener ciertos privilegios, inmunidades, que no se tendrían con formas y normas de Derecho público. Cuando en últimas, lo que se obtiene es un deterioro en las garantías ciudadanas frente a esas entidades o funciones que abandonan lo público. Recurrir de manera abusiva a lo privado, implica muchas veces evadir, eludir y en vez de desconocer derechos, principios, procedimientos, controles, responsabilidades, mecanismos de participación ciudadana; sacrificar la defensa y la protección de los usuarios, y descuidar la defensa y protección del interés general y del patrimonio público. En todo caso, no puede descartarse tampoco, que el fenómeno de la huida hace parte de exigencias internacionales (como un vehículo apropiado para

En este contexto ideológico y en este marco temporal –esencialmente en la década de los años 1990- se ubicó la norma legal que particularmente excluyó a las Empresas Sociales del Estado del régimen común de la contratación estatal, y a partir de ese momento surgieron dos regímenes contractuales para el sector salud: *uno* para las entidades regidas por la Ley 80 de 1993 y *otro* para las Empresas Sociales del Estado.

Conforme al *segundo*, las entidades estatales prestadoras del servicio de salud que tuvieran la naturaleza jurídica de *Empresas Sociales del Estado*, que corresponden a los hospitales públicos⁹, quedaron sujetas en materia contractual al derecho privado; y las demás entidades estatales que prestaran el servicio de salud –por ejemplo los municipios y distritos, a través de las secretarías de salud; o los departamentos, a través de las Secretarías o las Seccionales Departamentales de Salud- quedaron sujetas a la Ley 80 de 1993, advirtiendo que una causal de contratación directa que estableció el art. 24, num. 1, lit. l) fue la “prestación de servicios de salud”¹⁰, de manera que

facilitar la inversión extranjera en Colombia).” –Ed. Universidad de Antioquia. Medellín. 2010. Págs. 91 y 92-

⁹ El art. 194 de la Ley 100 de 1993 definió a estas entidades de la siguiente manera: “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.”

En virtud de esta norma, y para acondicionar la estructura de salud preexistente, la Ley 100 ordenó que las *entidades descentralizadas* encargadas de prestar el servicio de salud se adecuaran a esta forma de organización, en los siguientes términos:

“Art. 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

“Art. 197. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER TERRITORIAL. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo.”

¹⁰ “Art. 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

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

(...)

si bien la Ley 80 era el estatuto aplicable, ella misma concedía una flexibilidad para celebrar esta clase de objetos contractuales¹¹.

Este nuevo escenario jurídico-administrativo, creado para gestionar parte importante de las actividades públicas, revivió un debate antiguo e intenso sobre: la constitucionalidad de esa posibilidad, la legitimidad de esas medidas y la conveniencia de que las actividades públicas se sometan al derecho privado y de que las entidades estatales que gestionan servicios públicos se rijan por el mismo derecho de los particulares.

Aunque estas transformaciones sectoriales no afectan la naturaleza jurídica de las entidades estatales –porque siguen siendo públicas–, sí entrañan cambios sustanciales, que inciden tanto en las relaciones laborales como en la prestación de los servicios públicos, así como en los principios del Estado democrático de derecho, como los de publicidad, moralidad, patrimonio público y transparencia. Y es lógico que las convulsiones provocadas por el cambio sean profundas, porque

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

¹¹ Esta misma causal de contratación, con la reforma que la Ley 1150 le introdujo a la Ley 80, se convirtió en una forma de “selección abreviada”, en los siguientes términos:

“Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)”

“2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

“El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

“Serán causales de selección abreviada las siguientes: (...)”

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

las características de lo público y lo privado difieren en principios e intereses, como se señaló. En este orden, el derecho privado -que ahora regula a varias entidades estatales y organizaciones estatales- se cimenta en valores como la reserva de la información, la libertad amplia, la intimidad, el secreto empresarial, entre otros; mientras que el derecho público se apoya en principios como la publicidad, la igualdad real y máxima, la moralidad dura, entre otros, lo que es propio de los regímenes democráticos.

Por esta razón, la desatención sistemática, por parte del Estado, de los principios propios del derecho público, que descuida cuando avanza de la mano del derecho privado -para quien estos asuntos no son objeto de preocupación especial- amenaza los principios del Estado Social de Derecho, que propenden por el acceso a la información, a la veracidad y a la transparencia en las actuaciones administrativas. No obstante, la principal dicotomía que existe entre el derecho público y el privado radica en la garantía efectiva que ofrecen a los derechos humanos, y dígase de una vez: es conocida la vinculación precaria que siente el particular que ejerce funciones públicas por prestar un mejor servicio público.

Por tanto, la alternativa de que el derecho privado rijan a las entidades u organizaciones públicas causa en éstas, entre otras cosas: i) reducción del grado de compromiso con la protección de los principios de la función administrativa -art. 209 CP.-; ii) alteración negativa de la defensa acérrima de los derechos fundamentales, es decir, se produce una inversión de la obligatoriedad natural e histórica del Estado de garantizar estos derechos; iii) segregación de grupos sociales; y iv) incapacidad del derecho privado de contener al poder público, porque el derecho privado tiene normas flexibles y elásticas, que al servicio del Estado ponen en peligro la racionalidad de sus actuaciones¹².

¹² En idéntica línea de pensamiento, se pronuncia parte de la doctrina española, respecto a la laxitud o elasticidad del derecho privado y a la preferencia de aplicarlo para mejorar la agilidad en la función pública. En *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Jorge García-Andrade Gómez explica que las entidades públicas eluden el derecho público por el rigor o formalismo derivados de su aplicación. En esta obra precisó: “[e]n materia de contratación pública, ese conjunto de causas de la huida del Derecho administrativo, entre las que conviene destacar la expansión garantista, supuso un retraimiento de la Administración que modificó sustancialmente los hábitos de actuación con que había venido viviendo hasta entonces, todo ello con vistas a lograr una gestión más eficaz, cuando no eludir el estricto régimen de garantías procesales que acababa de ser inaugurado y que -sin entrar en valoraciones- amenazaba con paralizar la *agilidad* de la que había disfrutado hasta aquel momento. Este proceso, que vino a sumarse a la actividad industrial del Estado iniciada años antes, se vería agravado con la utilización masiva de personificaciones privadas de la Administración desde los años setenta.

Esta crítica debe interpretarse en conjunto, y se concluirá que la regulación privada de las actividades económicas y no económicas que ejercen las entidades públicas tiende a abandonar o desatender los principios de la función pública. Así mismo, la vigencia amplia de los derechos fundamentales, en este contexto, yacen en un terreno menos fértil, porque las relaciones ya no se presentan entre Estado - ciudadano, sino entre sujetos con intereses particulares que administran lo público y actúan con los valores del derecho privado.

Claro está que en medio de semejante contexto no se desconoce que al Congreso de la República le corresponde escoger entre la alternativa de uno u otro régimen jurídico, para aplicárselo a las entidades del Estado. No obstante, esa libertad no es absoluta, porque la Corte Constitucional ha expresado sobre la libertad económica, como principio fundante de regímenes político-económicos liberales, y sobre la potestad del Congreso –como foro democrático y participativo– que para definir el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos, aun cuando se haga a través de personas naturales o jurídicas públicas o privadas, la finalidad que deben perseguir, siempre, es la garantía efectiva del interés colectivo -sentencia C-263 de 2013-:

“El artículo 365 de la Constitución dispone que ‘los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley (...)’. A su turno, el artículo 367 indica que ‘la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)’. En concordancia con lo anterior, el numeral 21 del artículo 150 de la Carta asigna al Congreso la función de ‘expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica’; a su vez, el numeral 23 del mismo artículo asigna al Congreso el deber de ‘expedir las leyes que regirán(...) la prestación de los servicios públicos’. Las precitadas normas constituyen la base de lo que se conoce como reserva de ley en materia de servicios públicos, según el cual corresponde al Congreso, como foro democrático y participativo de primer orden, regular directamente la prestación de servicios públicos.”

“Los primeros reflejos de la reacción no se hicieron esperar. La Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 19589 aseguraba con firmeza que las empresas nacionales ‘(a)un siendo creaciones directas o indirectas del Estado, tales Empresas con actuación frente al mercado, requieren una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo, por lo que la Ley [...] las somete a un régimen de Derecho privado, salvo las escasas peculiaridades recogidas en dicho título tercero’. Régimen de Derecho privado que venía dispuesto en el art. 91 de la indicada ley.” (Ed. Marcial Pons. Madrid. 2005 pág. 215).

No obstante lo expresado, y retomando las preguntas pendientes¹³, para la Sala es evidente que la Constitución Política dibuja e insinúa un régimen heterogéneo de probabilidades, que otorgan al legislador la posibilidad de configurar el régimen contractual del Estado, pero con clara prevalencia del derecho público sobre el privado. Esto significa que la regla general que vive la Constitución, en materia de contratación estatal, respalda la necesidad de que haya un régimen jurídico propio o especial para los negocios jurídicos del Estado, por tanto diferente del privado; aunque existe la posibilidad de que el legislador aplique a algunas entidades estatales el derecho privado.

Sin embargo, la Constitución no impone fatalmente lo último, sólo admite la posibilidad de que el legislador lo haga. Por tanto, al amparo de algunas pocas disposiciones constitucionales, el legislador puede excluir a determinadas entidades públicas de la normativa común o general de contratos del Estado, que se expide al amparo del inciso final del art. 150 de la CP., la más significativa de todas las normas, por su alcance general, que establece: "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional."

Entre esas excepciones constitucionalmente admisibles, la Corte Constitucional ya expresó que es exequible la norma que excluyó del estatuto general de contratación de la administración pública a los operadores de los servicios públicos domiciliarios –art. 31 de la Ley 142 de 1994- aduciendo que al amparo del art. 365 de la CP. el legislador podía escoger, con relativa libertad, el régimen aplicable.

A la misma conclusión se llegó al juzgar la exequibilidad del art. 93 de la Ley 30 de 1992, que dispuso que las universidades públicas no se rigen por la Ley 80 de 1993. En la sentencia C-547 de 1994, la Corte declaró la exequibilidad de esa disposición, porque al amparo del art. 69 de la CP. la autonomía universitaria comprendía y justificaba el derecho del legislador a dictar un régimen especial de administración –que incluye la contratación- de estas organizaciones¹⁴:

¹³ Se alude a la controvertida constitucionalidad de esa circunstancia, a su legitimidad y a la conveniencia de que las actividades públicas se sometan al derecho privado.

¹⁴ Expresó la Corte en la sentencia C-547 de 1994: Manifiesta el demandante que las normas antes citadas al consagrar para las instituciones de educación superior un régimen especial en materia de contratación, violan el inciso final del artículo 150 de la Carta, pues es al Congreso de la República a quien compete expedir el estatuto general de contratación administrativa, y, en consecuencia, no podía la ley de educación expedir normas de esa índole.

"Ciertamente, el inciso final del artículo 150 de la Carta le asigna al Congreso como atribución específica y exclusiva la de 'expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de

No obstante estas posibilidades, de la Constitución Política no autoriza de manera completa o total la huida del derecho administrativo, en materia contractual, –aunque lo mismo cabe concluir frente a otras materias de derecho administrativo, como el régimen laboral, presupuestal o jurisdiccional-, porque una sola ley no puede enviar a todas las entidades estatales hacia el derecho privado, pues vulneraría el inciso final del art. 150 de la CP.; ni varias leyes, en forma dispersa, pero metódica y sistemática, pueden excluir a todas o a muchas entidades estatales de la Ley 80, porque así también se viola la misma disposición.

la administración nacional'; quiere esto significar que todos los entes estatales, ya sean del orden nacional o territorial, del sector central o descentralizado, se regirán por un estatuto único en el que se consagren las normas que rigen los contratos que deban celebrar los distintos entes estatales, sea cual fuere su denominación o el nivel al cual pertenezcan. De esta manera quiso el constituyente acabar con la existencia de múltiples estatutos contractuales que en muchas ocasiones regulaban iguales asuntos en forma diferente, lo cual indudablemente creaba inseguridad jurídica en el campo de la contratación con el Estado.

(...)

“Así las cosas, a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del mencionado estatuto general de contratación de la administración pública; sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, de las cuales, justamente, hacen parte las demandadas. No ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, pues como se expresó en el párrafo anterior, por tratarse de establecimientos públicos, su régimen contractual es el contenido en el estatuto precitado.

“Pues bien: el artículo 69 de la Constitución al garantizar la ‘autonomía universitaria’, autoriza a las universidades para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley; además, le otorga facultades al legislador para establecer un “régimen especial” aplicable a las universidades del Estado.

(...)

“A más de lo anterior, el constituyente autoriza a la ley para crear un ‘régimen especial’ para las universidades del Estado, lo que significa que estas instituciones se regularán por normas especiales que pueden ser iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y cuando con ellas no se vulnere su autonomía. En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del ‘decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen’. Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley.

(...)

“En este orden de ideas, la Corte considera que no le asiste razón al demandante, pues los mandatos acusados no infringen el inciso final del artículo 150 de la Carta, y por el contrario son pleno desarrollo del artículo 69 ibídem, que garantiza la autonomía universitaria y autoriza al legislador para expedir un régimen especial aplicable a las universidades estatales, lo que permite que en materia contractual se rijan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-, el cual es aplicable a los entes públicos que en párrafos anteriores se mencionaron.”

Esto significa que en la Carta Política está asegurado que la fracción o parte más importante del régimen contractual de la administración pública tiene que ser un régimen jurídico especial, no el común -es decir, el derecho privado-; y ese sistema diferente no es otro que el derecho administrativo. Por oposición, y de manera excepcional, la Constitución tolera, aunque tampoco exige, que una fracción más pequeña de entidades estatales se rija por el derecho privado, a gusto o conveniencia del legislador, y aquí radicó la posibilidad que el legislador les concedió a las Empresas Sociales del Estado de sustraerse del régimen común de contratación de la administración pública.

No obstante la permisión controlada, es evidente que a la Corte Constitucional le corresponde vigilar que el legislador no altere la proporción o equilibrio vital de la relación ejemplificada atrás, es decir, tiene que evitar que el ordenamiento jurídico llegue al extremo en el cual el número de entidades estatales excluidas del régimen de contratación administrativa sea tan alto que la regla general quede aniquilada. Para advertirlo no se tiene que llegar a límites intolerables, como para que la Corte actúe en defensa de la normativa administrativa, que claramente invoca la Constitución como necesaria para construir esta área del derecho.

b. Revisión del proceso de huida del derecho administrativo en materia contractual.

Con todo, el estadio actual del proceso de formación pos-constitucional del derecho administrativo contractual no se encuentra en la misma situación que se describió de la década de los años 90. Con el paso de los años, y concretamente a mediados de la primera década de este siglo, varió sustancialmente la lectura de legitimidad y conveniencia de esa medida/opción, que los mercados globales y la competencia económica sugirieron a los legisladores modernos.

En Colombia la *revisión del proceso de huida del derecho administrativo*, en materia contractual, la representó la Ley 1150 de 2007 –aunque otras leyes, en sectores concretos y puntuales, pretendieron lo mismo-, porque detuvo parcialmente y moderó el avance de ese fenómeno, dando lugar a una *nueva etapa* en su desarrollo. Las principales respuestas que dio la nueva legislación fueron: De un lado, llamó al ámbito de la Ley 80 a organismos que habían “huido” en los años 90 –arts. 20, 24 y 26-, haciendo que nuevamente se rigieran por la normativa pública. De otro lado, las entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado –entre ellas las Empresas Sociales del Estado-, y por tanto mantuvieron la

exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esas exclusiones. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹⁵.

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen *claridad absoluta* –propia del positivismo jurídico– sobre la *mezcla* de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban –pero en forma dispersa y desordenada– que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto¹⁶. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió.

¹⁵ “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos [209](#) y [267](#) de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

¹⁶ En Huida y vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones – Tendencias del Derecho Administrativo, David Suárez Tamayo sostiene: “Se concluye del estudio y análisis de los cuatro autores citados, y de algunos de los expertos consultados (pues no todos admitieron el concepto de la huida), que hay un reconocimiento de la figura de la huida de lo público a lo privado, entendida como un desplazamiento de ciertas actividades y servicios del sector público al privado, o del régimen jurídico administrativo al privado, pero este grupo, autores y expertos, en su gran mayoría destacó que ello no significa en ninguna medida que se pueda hablar de crisis o desaparición de lo público o del Derecho administrativo, sino más bien de una mutación, de un reacomodamiento, de una rematerialización de los conceptos; y hay una tendencia mayoritaria a considerar que el Derecho privado es menos garantista, y menos protector de principios por los que debe velarse como el interés general, la publicidad y la concurrencia.

“Debe advertirse que todos esos casos en los que se reseña una posible manifestación de huida de lo público a lo privado, sirven como contra – ejemplo para sostener la vigencia del Derecho administrativo en Colombia, pues allí se combina la supuesta privatización de lo público, con otro fenómeno que es la publicitación, o la administrativización de lo privado, dado que si bien se entregan algunas funciones, actividades y servicios a los particulares, estos de todas maneras siguen sometidos a normas de Derecho público – administrativo, como mínimo, en materia de regulación, vigilancia, inspección, principios, procedimientos, controles y responsabilidades.” –Ed. Universidad de Antioquia. Medellín. 2010. Págs. 101 y 102-

El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las *entidades excluidas*, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante. Sobre esta discusión, es decir, sobre la vinculación del Estado al derecho administrativo y al derecho privado, la doctrina expresa:

“Ahora bien, quienes reducen el concepto a estos extremos plantean para tema de discusión, este sí significativo e importante, el de los límites del derecho administrativo. Se trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos, como es el caso del derecho privado. Es quizá este un dilema al cual ya le dimos respuesta en el acápite anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, del reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

(...)

“En términos similares se pronuncia algún sector de la doctrina, que reconoce la ausencia de crisis en el derecho público frente al avance regulatorio del derecho privado sobre muchas de sus instituciones. Lo importante, se indica, es la preservación de ciertos principios que informan y orientan a la administración dentro del Estado democrático y social de derecho. Borrajo Iniеста insiste sobre este aspecto de la discusión, planteando tres postulados básicos que hacen del asunto un problema de mínima importancia práctica. En primer lugar, sostiene, el hecho de la regulación por el derecho privado de asuntos considerados como típicos del derecho público no significa una huida de este y del control requerido sobre la función respectiva: ‘Las técnicas para sujetar el poder al derecho que ofrecen los códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes’.

“En segundo lugar, la supuesta huida al derecho privado por parte de la administración resulta en cierta forma prácticamente inútil: ‘la administración no puede dejar de ser lo que es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos’. Siempre habrá que acudir al derecho anterior para encontrar la esencia de las instituciones ahora amparadas por las formas privadas.”¹⁷

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo –Introducción-. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Págs. 177, 178 y 179.

En este contexto, lo que no pueden negar el derecho privado ni el administrativo es que en las instituciones públicas se vive una *novedad jurídica* que produce dificultades e inseguridad jurídica para sus aplicadores, pues la mezcla de regímenes, que materializan en *manuales de contratación*, es altamente debatible, porque la suficiencia con que recojan en ellos la principalística constitucional ofrece dudas, que sólo se dirimen analizando cada caso concreto.

3.2. Régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado -E.S.E.-.

Por lo expresado, ahora se entiende mejor que los contratos de las Empresas Sociales del Estado no se sujetan a la Ley 80 de 1993, porque, como sucede con otras entidades descentralizadas por servicios, tienen un régimen especial: *el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal*. Esta posibilidad está prevista en los artículos 194 y 195.6 de la Ley 100 de 1993, que establecen, respectivamente: la naturaleza jurídica de las E.S.E. y su régimen contractual:

“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: (...)

“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.”

Claro está, conforme a lo analizado, que con posterioridad al 2007 la última disposición transcrita no puede leerse ni entenderse con la misma soltura y racionalidad que antes de ese año, porque ya se explicó con suficiencia cuál fue el efecto que introdujo el art. 13 de la Ley 1150 sobre las entidades excluidas de la Ley 80.

No obstante, es conveniente recordar que antes del 2007 la doctrina nacional se refirió al régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, y específicamente a la excepción de aplicar las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“Dentro de las normas especiales que regulan el sistema de seguridad social se incorporaron algunas disposiciones especiales en materia de contratación: en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 se ordenó que las empresas sociales del Estado, es decir, aquellas que prestan en forma directa los servicios de salud que le corresponden a la Nación y las entidades territoriales, en materia contractual, se regirán ‘por el derecho privado’, pero podrán ‘discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública’. Esto supone una modificación al régimen de las cláusulas excepcionales para estas empresas, no con relación a su contenido ni a las facultades que otorgan, sino en lo que refiere a la posibilidad de incorporarlas en cualquier contrato, independientemente de las limitaciones contenidas en el artículo 14 E.C. En materia de licitación, concurso público, contratación directa, solución de conflictos, etc., los contratos que celebren las empresas sociales del Estado, no se rigen por el E.C. Por excepción, en lo que se refiere a las cláusulas exorbitantes, su contenido, procedimientos para su ejecución..., se regirán por el E.C.”¹⁸

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto No. 1127, del 20 de agosto de 1998, también arribó a esta conclusión, es decir, que aun cuando el régimen de contratación es el civil o comercial, se prevé una excepción a la regla: la estipulación discrecional de las cláusulas excepcionales o exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

“Por regla general en materia de contratación de las empresas sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En caso que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, salvo en este aspecto los contratos seguirán regulados por el derecho privado.”

En esta misma ocasión se precisó que la intención de que el régimen contractual fuera el civil o comercial obedeció a la agilidad de los procesos contractuales y a las competencias asignadas a determinadas entidades “oficiales”. En este sentido, se refirió a los ejemplos de las universidades, de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de las empresas sociales del estado, y concluyó que en este último evento la ley se limitó a determinar que el régimen contractual sería el privado, y que discrecionalmente podían incluir cláusulas excepcionales:

“Entre las materias particularmente reguladas por la ley contractual, a que alude el citado artículo 13, se encuentran los procedimientos de selección

¹⁸ PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Editorial. Universidad Externado de Colombia. 2005, págs.. 40 y 41.

(licitación o concurso públicos, contratación directa, contratación sin formalidades plenas), las cláusulas excepcionales al derecho común, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, y determinados contratos (de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública).

“Sin embargo, en el mismo estatuto se prevén excepciones. Tal es el caso de los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social (artículo 32, parágrafo 1º.); de los contratos de servicios de telecomunicaciones (artículos 33 a 36), y de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables (artículo 76), los que se regirán por la legislación especial aplicable a dichas actividades.

“De manera similar, leyes posteriores establecen nuevas excepciones, en procura de otorgar mayor agilidad y capacidad de competencia a determinadas entidades oficiales. Así ocurre, verbigracia, con las universidades (ley 30 de 1992), con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (ley 142 de 1994) y con las Empresas Sociales del Estado (ley 100 de 1993). Sólo que en este último evento, la ley se limita a disponer que se regirán en materia de contratación “por el derecho privado” y autoriza la utilización discrecional de las llamadas cláusulas excepcionales o exorbitantes, sin establecer para tales empresas una legislación sustitutiva, que específicamente les sea aplicable.

“Para las ESE, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato.” (Cursiva fuera del texto).

En la misma línea, la Sala de Consulta precisó que la exclusión del estatuto de contratación pública no era genérica o definitiva, sino que se establecían dos excepciones: i) la inclusión de cláusulas excepcionales; y ii) la celebración de contratos cuya naturaleza corresponde a la establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁹, por no tener regulación prevista en la

¹⁹ “Art. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

“1o. Contrato de Obra.

“Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

“2o. Contrato de Consultoría.

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

“3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

“4o. Contrato de Concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

legislación civil o comercial: "Con todo, esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque, al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la ley 80, a esta regulación deberán atenerse. Estos contratos son precisamente los que define su artículo 32, y que ya han sido mencionados, o sea el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva."

Bajo este criterio, a los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, les aplicaban las disposiciones de la Ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial. No obstante, semejante criterio fue desestimado, porque es claro que la naturaleza jurídica de un negocio no define el régimen contractual de la materia, en consecuencia, al no estar sujetas las E.S.E. a la

"5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

"Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

"Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

"Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

(...)"

Ley 80 de 1993, tienen autonomía para seleccionar a sus contratistas, de conformidad con sus reglamentos internos. En la Consulta No. 1127 se afirmó al respecto: "Las Empresas Sociales del Estado, cuando celebran contratos regidos por el derecho privado, pueden seleccionar a sus contratistas de acuerdo con el criterio que tenga la administración, claramente expuesto en su reglamento interno."

Este criterio se ratificó en el concepto No. 1263, del 06 de abril de 2000, donde la Sala precisó que ni los principios, ni las normas diferentes de las que regulan las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993 aplicaban "obligatoriamente" a las Empresas Sociales del Estado. Asimismo, justificó la aplicación de poderes excepcionales, porque se trata de herramientas especiales creadas en favor de la administración, para garantizar determinados fines, en beneficio del interés general, de los cuales deben revestirse los contratos de las entidades que presten servicios públicos²⁰.

En esta línea argumentativa, se concluyó que a pesar de que el régimen aplicable fuera la legislación civil o comercial, no se excluían el principio de prevalencia del interés general, ni los fines del Estado, ni la cláusula general de responsabilidad que aplica por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante, porque además de que se encuentran dispuestos en la Constitución hacen parte del fundamento político y filosófico sobre el que se cimienta el Estado Colombiano. En este sentido, el concepto dispuso: "Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales. Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general -que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República-, ni el de los fines del Estado,

²⁰ "Si bien los contratos están sometidos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota, a los administradores de las Empresas Sociales del Estado, de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general que mueve a la administración al contratar. En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, así como la caducidad del contrato, permiten al contratante estatal hacer derivar efectos precisos al contrato, en procura de la protección de los intereses públicos. Es una rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos."

como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición.”

En conclusión, todo esto significa que ni antes ni después del 2007 las Empresas Sociales del Estado podían inaplicar el artículo 209 de la Constitución Política, porque está inescindiblemente relacionado con la moralidad, la continuidad, la prestación efectiva de los servicios públicos y la garantía de los derechos ciudadanos. Del mismo modo, y como se sostuvo antes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993²¹, la cláusula general de responsabilidad de que trata el artículo 90 superior aplica a los servidores públicos de las E.S.E., en el ejercicio de la función pública. Lo expuesto, se dispuso así: “Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2° y 3° del C.C.A. Este último precepto (artículo 209 C.P.), regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a estos y a las demás disposiciones deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual. En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal, con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad, así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios. Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional.”

²¹ “Artículo 50.- *De la Responsabilidad de las Entidades Estatales.* Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

El texto subrayado se declaró exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia de Constitucionalidad No. 333 de 1996, en el entendido de que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, toda vez que esa norma constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad contractual del Estado.

En la misma línea, la doctrina también se refirió a la aplicación del artículo 209 de la Constitución, y precisó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los mecanismos de selección objetiva y la escogencia del mejor oferente debían implementarse o, en su defecto, instrumentarse en las disposiciones contractuales de las Empresas Sociales del Estado, en virtud de los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, que deben acompañar las actuaciones de la administración pública²²: “[P]or aplicación del artículo 209 C. P. que establece las necesidades de que la función administrativa esté regida, entre otros principios, por la igualdad, moralidad e imparcialidad, las empresas sociales del Estado deben aplicar la totalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Constitución y la ley, e instrumentar mecanismos de selección de contratistas que permitan la pluralidad de oferentes y la escogencia de la propuesta más favorable para sus intereses.”

En esta misma ocasión se refutó parcialmente el concepto No. 1127, según el cual el régimen contractual privado de las Empresas Sociales del Estado tiene, además de la excepción de aplicación de cláusulas exorbitantes, la de la naturaleza del negocio jurídico, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En esta oportunidad se aclaró: “... cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado.” En otros términos, aunque se trate de contratos regulados en el artículo 32 del estatuto contractual, su régimen será el derecho privado, porque así lo dispone el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

En todo caso, advierte la Sala que la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado incluyan en sus contratos *cláusulas excepcionales*, hace abstracción sobre la distinción de los tipos de contratos, pero en todo requieren pacto expreso, porque no se entienden incluidas cuando no se incorporan. De otro lado, esto no significa que las ESE asuman otros poderes que la Ley 80 y la Ley 1150 sólo le asignan a las entidades regidas por estas disposiciones. Es el caso, de la potestad de imponer multas o la cláusula penal pactada, sobre las cuales ha expresado esta Sección que las entidades excluidas de la Ley 80 no tienen esa facultad²³. Cosa

²² PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Editorial. Universidad Externado de Colombia. 2005, pág. 41.

²³ El 21 de mayo de 2008 la Sección Tercera expresó, por primera vez -exp. 14.581-, que: “Se advierte, de otra parte, que en virtud del principio de legalidad que informa a la actividad administrativa del Estado, las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultadas por la ley; y trasladado este principio a la actividad contractual, se deduce que, si la ley no le otorga una facultad sancionatoria frente a su contratista, la Administración no puede arrogársela.

“En el presente caso, la competencia de Cajanal, a la hora de celebrar el Contrato No. 1482 de 1993, estaba legalmente limitada, puesto que debía someterse, respecto de ese negocio jurídico y en virtud de su objeto, a los mismos requisitos de los contratos entre particulares, es decir que no podía incluir en él, facultades contenidas en el estatuto contractual de la Administración Pública, tales como la de imponer multas a su contratista.

(...)

“Al respecto, resulta necesario tener en cuenta que tratándose de medidas sancionadoras, las mismas sólo pueden ser establecidas por la ley, entendida como aquella que expide el órgano estatal competente para ello, es decir, el Congreso de la República -ley en sentido formal-, o el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias -ley en sentido material-; conforme a la exigencia del artículo 38 de la Ley 153, no se trata entonces de cualquier norma de carácter general, sino exclusivamente de la ley.”

La misma ideas ha reiterado en otras ocasiones, por ejemplo, en el auto del 20 de febrero de 2014 -exp. 45.310-, donde la Subsección B de la Sección Tercera insistió en que las entidades que no se rigen por la Ley 80 no pueden imponer multas ni cláusulas penales; en su lugar deben acudir al juez del contrato, es decir, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: “Así las cosas, si el Estatuto General de la Contratación Estatal -Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007- no contempló la posibilidad de que las entidades públicas sometidas a sus disposiciones pudieran cobrar unilateralmente las multas pactadas, mal haría en considerarse que los particulares o las entidades públicas sometidas a las normas de derecho común en su actividad contractual sí se encuentran facultadas para hacerlo, pues de igual forma carecerían de sustento legal para ello.

“De acuerdo con los anteriores argumentos, es posible llegar a las siguientes conclusiones relevantes: i) que las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común no pueden pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa, y ii) que la ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común es ilegal por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior.

(...)

“Así las cosas, comoquiera que en el presente caso Ecopetrol S.A. i) impuso multa de manera unilateral a la Unión Temporal Manolo Arteaga - Patricia Zambrano mediante la resolución 01 de 9 de septiembre de 2008..., ii) terminó de manera unilateral el contrato n.º 401862..., en la cual además hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se ordenó la liquidación del contrato (fls. 326 a 339, c. ppl. 1.) y, posteriormente, iii) liquidó unilateralmente el contrato..., la Sala estima procedente acceder a la suspensión provisional de estos actos administrativos por cuanto la facultad de ejecutar o hacer cumplir de manera unilateral las cláusulas de un contrato constituye la característica distintiva de las cláusulas excepcionales o exorbitantes, y en el presente caso esa potestad de cumplimiento no podía ser ejercida de manera unilateral por encontrarse sometida la relación contractual a las reglas propias del derecho privado, en las que no se permite -salvo en ciertos casos expresamente previstos en la ley- que las partes contratantes ejecuten o hagan cumplir las disposiciones pactadas. Por este motivo, es evidente que las decisiones unilaterales adoptadas por Ecopetrol S.A. de imponer multa, declarar el incumplimiento grave

distinta sucede con la potestad de declarar los siniestros de las garantías constituidas a su favor, porque esta facultad proviene del código de procedimiento administrativo, que sin duda le aplica a las ESE –art. 68, num. 4 y 5 del Decreto 01 de 1984, y art. 99, num. 3 y 4, del CPACA-.

De otro lado, en relación con la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales donde fueran parte las Empresas Sociales del Estado, la sentencia del 21 de marzo de 2007 -Sección Tercera, exp. 32.841- indicó que con independencia de las normas sustanciales que gobiernen los contratos que celebran ciertas entidades descentralizadas por servicios excluidas de la Ley 80 de 1993, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene jurisdicción para resolver los conflictos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual:

“Para el recurrente, el hecho de que el contrato objeto de la controversia se rija por el derecho privado -por disposición del artículo 195.6 de la ley 100 de 1993-, conduce a que el juez competente para conocer del recurso de anulación sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Para Sala, en cambio, compartiendo el criterio del Ministerio Público, la competencia radica en el Consejo de Estado. Esta discusión ya la ha resuelto la Sala en muchas ocasiones, la mayoría de ellas en tratándose de contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios, los cuales también se rigen, como los de los Empresas Sociales del Estado, por el derecho privado. Por esta razón, en esta ocasión la Sala mantendrá esa tesis expuesta. En esta última providencia la Sala encuentra su competencia en un factor o criterio adicional a los expuestos en las dos sentencias citadas. En esta ocasión se dijo que el artículo 128 del CCA, modificado por el art. 36 de la ley 446, así lo dispone, de lo cual se deduce que por tratarse este tipo de negocios de contratos estatales, entonces allí radica la competencia para conocer del recurso de anulación.

“Este criterio, que reivindica la competencia de ésta jurisdicción, cierra el grupo de argumentos expuestos por la Sala, y se funda en un factor normativo más preciso. De acuerdo con él, frente a todo contrato estatal, sin importar el régimen jurídico que lo rija, cuyos conflictos hayan sido dirimidos por un tribunal de arbitramento, y se haya interpuesto el recurso de anulación, este debe ser decidido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Hoy existe, además, otro fundamento legal sobre la competencia del juez de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias originadas en los contratos celebrados por una entidad estatal, sin importar el régimen jurídico aplicable –derecho privado o ley

del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales al haber sido expedidas sin ostentar la competencia legal y por desconocer los artículos 6º de la Ley 1118 de 2006 y 14 de la Ley 1150 de 2007, disposiciones que regularon el régimen al que se sometería el contrato celebrado por Ecopetrol S.A. con la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano.”

80-. Se trata del numeral 5 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998 y por el artículo 1 de la ley 954 de 2005. Obviamente, esta disposición es aplicable a las *Empresas Sociales del Estado*, como entidades estatales que son, según dispone el art. 68 de la ley 489 de 1998.

“Finalmente, hace pocos meses el legislador expidió la ley 1107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta ley dijo, con claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las ‘entidades públicas’. Con este nuevo enfoque, el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el ‘orgánico’, no el “material”, es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, o si se rige por el derecho administrativo o por el privado, sino si es estatal o no. De esta manera, el legislador adoptó una solución clara. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las ‘entidades públicas’, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas. Este análisis le aplica al conocimiento del recurso de anulación de laudos arbitrales, donde son parte las entidades públicas.”

El Consejero Ponente de la presente providencia, en sentencia del 18 de febrero de 2010 -exp. 37.004-, también se pronunció sobre el régimen de los contratos de las Empresas Sociales del Estado. Concluyó que aun cuando es el derecho privado, combinado con los principios constitucionales, la jurisdicción que conoce las controversias originadas en ellos es la de lo contencioso administrativo.

“Para al caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998. En estos términos, por el simple de hecho de poseer esa naturaleza, su juez tanto para los procesos ordinarios –salvo lo previsto en la ley 1107 de 2006- como para el recurso extraordinario del cual se ahora se conoce [es decir, el de anulación de laudos arbitrales], es el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Esta conclusión se conserva con la Ley 1437 de 2011, que dispone en el art. 104.1 que las controversias contractuales de las entidades, sin importar el régimen aplicable, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es el caso de las Empresas Sociales del Estado.

4. El caso concreto

Con fundamento en lo expuesto la Sala analizará los aspectos cuestionados de la sentencia apelada por la contratista, que negó las pretensiones de la demanda aduciendo que el contrato de prestación de servicios que se suscribió no era apto para que surgieran las obligaciones y contraprestaciones, teniendo en cuenta que para perfeccionarlo había que cumplir los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en particular se necesitaba la disponibilidad presupuestal, requisito que no se cumplió.

En su lugar, el apelante asegura: i) que el contrato contaba con disponibilidad presupuestal, pero que en todo caso la obligación de expedir tal documento -antes de que se ejecutara el negocio- era de la E.S.E. De otro lado, la responsabilidad del contratista de constituir las pólizas de cumplimiento también se satisfizo, y obran en el expediente; y ii) de otro lado, propuso la teoría del enriquecimiento sin causa a favor del hospital y en contra suya, provocado por la negativa de aquél de liquidar el contrato y acceder a pagarle los honorarios. Igualmente, reiteró que la falta de pago desconoció sus derechos laborales –previstos en el artículo 53 Constitución Nacional-, aunque su relación no era de esta naturaleza.

Precisada la controversia en estos términos, para la Sala queda claro que el derecho privado era el régimen que en 1998 regía a la ESE demandada, es decir no le aplicaba la Ley 80 de 1993 –sin perjuicio de aplicar los principios constitucionales-. Por tanto, como el contrato de prestación de servicios objeto del proceso se celebró el 30 de septiembre de ese año, entre Rocío Martínez Urieles y el hospital, no le aplicaban las normas de contratación estatal, sino las de derecho privado. Por este sólo aspecto resulta evidente que los requisitos de perfeccionamiento y los requisitos de ejecución, previstos en el art. 41 de la Ley 80²⁴, no eran trasladables y exigibles de ese negocio jurídico, como

²⁴ El art. 41, vigente en la época del contrato, establecía: “Art. 41. 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.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

“Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

erráticamente los echó de menos el tribunal administrativo. Esto significa que la forma como se perfecciona un contrato celebrado por una entidad estatal excluida de la ley general de contratación pública se rige por las normas del derecho privado. No obstante, esta conclusión ofrece algunas dudas, si se tiene en cuenta que el contrato *sub iudice* dispuso, en la cláusula séptima, que la Ley 80 lo regía:

“SÉPTIMA. Este contrato es de Derecho Público y estará sujeto por la Ley 80 de 1993 y su legalización será conforme a la misma.”

Tres ideas distintas contiene esta estipulación, que requieren un examen riguroso: i) que el contrato es de derecho público; ii) que estará sujeto a la Ley 80 de 1993 y iii) que su legalización será conforme a la misma.

Sobre el *primer aspecto*, queda cierta ambigüedad cuando se afirma que el contrato es de “derecho público”, porque esta expresión significa cosas disímiles, no todas ajustadas al ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si sugiere que el régimen aplicable es la Ley 80 de 1993, semejante entendimiento sería ilegal, porque la Ley 100 expresó lo contrario, y el contrato no puede cambiar esta determinación sin afectar la legalidad. No obstante, si acaso significa que “el contrato es estatal” esto sí se ajusta al ordenamiento, porque la Sección Tercera concluyó sobre este tópico, de manera uniforme y sostenida en su jurisprudencia, que los negocios jurídicos de las entidades públicas regidos por el derecho privado y por los principios de la función administrativa son *contratos estatales especiales*²⁵.

“En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

“A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.”

²⁵ Al respecto expresó la Sala el 6 de junio de 2002 –exp. 20.634–: “En este caso, dada la condición de empresa de servicios públicos oficial de Telecom, cabe señalar que la Sala ha definido la competencia de esta jurisdicción para conocer de las controversias que se derivan de los contratos que celebren las empresas de su género, sin importar que se rijan por el derecho privado, como quiera que no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato y en tanto ‘solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las

entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral.’

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

“Del hecho de que las controversias contractuales se diriman según las previsiones del derecho privado o el régimen especial de acuerdo con el cual se celebró el contrato y se contrajeron las obligaciones, no se desprende que el juez administrativo deba aplicar las previsiones del derecho procesal privado, pues aquí las normas del procedimiento son las propias de su jurisdicción.”

Posteriormente concluyó esta misma Sección –Sentencia de agosto 1 de 2002, exp. 21.041–, reiterando lo anterior, que: “La competencia de esta Corporación para conocer del recurso interpuesto, es asunto no discutido en el trámite del mismo. Eso no obsta para que la Sala deduzca tal competencia de la naturaleza estatal que reviste el contrato AL-019/97, celebrado el 20 de junio de 1997 entre Electranta y Termorío, origen del laudo arbitral, tema que tampoco controvierten las partes.

“En ese sentido, no sobra recordar, el régimen jurídico del contrato. Este fue suscrito por dos empresas de servicios públicos, con el objeto precisamente de que Termorío suministrara a Electranta energía eléctrica por un término superior a veinte (20) años, para ser distribuida por ésta última a sus usuarios, es inequívoco que se trata de un contrato directamente vinculado a la prestación del servicio público de energía eléctrica.

“Por consiguiente, en cuanto tiene que ver con el régimen jurídico aplicable a dicho negocio jurídico, en razón de la naturaleza jurídica de las partes contratantes y el objeto mismo del contrato, a términos de lo reglado en el artículo 31 de la ley 142 de 1994, en el parágrafo del artículo 8 y el artículo 76 de la ley 143 de 1994, se tiene que dicho régimen es el del derecho privado, tal como ya lo estableció esta Sala en providencia del 8 de febrero de 2001 dictado dentro del proceso número 16.661, en el que se discute la nulidad absoluta del mencionado contrato²⁵.

“Se precisó, igualmente, que los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y en particular el contrato AL-019/97, *es un contrato estatal especial*, en cuanto que no le es aplicable el régimen contenido en la ley 80 de 1993, sino el del derecho privado, aunque, dada la condición de contrato estatal, la jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de ese tipo de contratos, y concretamente del antes citado, es la contencioso administrativa y no la ordinaria, ya que no es el tipo de régimen legal al cual se encuentre sujeto el contrato, lo que determina el juez que lo deba controlar.”

Posteriormente expresó la misma Sección –exp. 25.155. sentencia de octubre 30 de 2003– que: “En relación con lo anterior, observa la Sala, en primer lugar, que el contrato celebrado entre las partes del proceso arbitral, el 23 de abril de 1997, es de carácter estatal, conforme a lo dispuesto en los artículos 2º y 32 de la Ley 80 de 1993. Se trata de un contrato celebrado entre una entidad estatal, ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. (ACUANTIOQUIA E.S.P.), y una sociedad particular, ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS SOSTENIBLES S.A. E.S.P., dado que, en aquella fecha, según se desprende del certificado de existencia y representación legal que fue aportado con la solicitud de integración del Tribunal, la primera estaba constituida como sociedad por acciones del tipo de las sociedades anónimas, conformada por entidades públicas (folio 57 del c. 1).

(...)

“Así las cosas, no cabe duda de que el Consejo de Estado es competente para conocer, en este caso, el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral, conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del

Para la Sala, por tanto, el entendimiento correcto de la cláusula es el último, so pena de verse avocada a declarar la nulidad de la expresión; pero como existe esta comprensión válida, útil y posible del texto, se atenderá exclusivamente a ella.

No obstante, respecto a los contenidos identificados atrás como “dos” y “tres”, la Sala tiene observaciones más escrupulosas que hacer, pues la posibilidad de sujetar a la Ley 80 un contrato regido por el derecho privado, y que su legalización sea satisfaga conforme a la misma norma, ofrece reparos que ponen en duda la validez de esa parte de la estipulación.

Para empezar, que en particular se disponga que el contrato se somete a la Ley 80 de 1993 viola de manera evidente el art. 195.6 de la Ley 100 de 1993, que dispone lo contrario –según ya se analizó–, así que de oficio se declarará su nulidad²⁶. La contradicción evidente consiste en que definir cuál es el régimen jurídico aplicable a un contrato es una materia reservada a la ley, de allí que no está a disposición de las partes elegir el estatuto que gobernará el contrato. Un ejemplo basta para confirmar esta conclusión: un contrato tiene naturaleza civil o comercial según que cumpla los requisitos que la ley respectiva establece para definirlo así; por tanto, las partes del

Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36, inciso 5º, de la Ley 446 de 1998, y ello al margen de cuál sea el régimen jurídico aplicable al contrato, y aun la jurisdicción competente para conocer las controversias surgidas del mismo, aspectos que se regulan por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.”

²⁶ Sobre la potestad oficiosa del juez para anular los contratos, la jurisprudencia reiterada y uniforme a expresado: “Es así como en este caso, incluso, la demandante solicita se declare la nulidad, aunque está claro que es posible hacerlo de oficio, en las condiciones finalmente reiteradas por la Ley 80 de 1993, también mantenidas en el art. 87 CCA. -modificado por la ley 446 de 1998- que estableció en el inciso tercero que:

‘El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. **El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso.** En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.’

“En estas condiciones, el ordenamiento jurídico contempla un poder excepcional del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si la nulidad está totalmente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes.” -sentencia del 13 de julio de 2013, exp. 24.615-

contrato comercial no podrán calificarlo de civil; y a la inversa, las partes de un contrato civil no pueden asignarle caprichosamente naturaleza mercantil, porque semejante definición no pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad, es del dominio exclusivo del legislador. De igual forma, un contrato estatal regido por la Ley 80 no puede calificarse de privado; ni uno sometido al derecho privado puede someterse a la Ley 80, pues la voluntad de las partes no puede reemplazar y derogar la voluntad del legislador. Por este aspecto, la Sala anulará la expresión analizada, contenida en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios.

De otro lado, la Sala también observa que si bien la *autonomía de la voluntad* admite que al interior del régimen jurídico privado las partes establezcan condiciones y requisitos para concretar y determinar su negocio jurídico, con bastante amplitud y libertad, no significa que cualquier formalidad o requerimiento que se impongan se ajuste al ordenamiento privado. Esto también sucedió en el caso concreto, porque en ejercicio de esa libertad, amplia pero limitada, las partes crearon *requisitos de perfeccionamiento* –denominado en la cláusula citada como *legalización*– que no existen en el ordenamiento privado. Se dispuso que el contrato se legalizaría conforme a las exigencias de la Ley 80, que establece exigencias diferentes a las del derecho privado.

Con apoyo en lo pactado, el *tribunal administrativo* concluyó que el contrato no se perfeccionó en la forma que exige la Ley 80 de 1993, porque requería: i) acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, ii) que constara por escrito, e incluso iii) que tuviera disponibilidad presupuestal que cubriera el valor del contrato. El último requisito –añadió el *a quo*– lo exige el art. 71 del Decreto-ley 111 de 1996 –Estatuto presupuestal–, en la forma en que lo entendió la Sección Tercera del Consejo de Estado –auto del 27 de enero de 2000, exp. 14.935. CP. Germán Rodríguez Villamizar-. Como todas las exigencias citadas no se satisficieron, entonces no se perfeccionó el contrato, por eso nada tiene qué reclamar el contratista a la contratante.

Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

- a. Si la norma aplicable al contrato es la *Ley 80*, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.
- b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el *derecho privado* más los *principios de la función administrativa*, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.
- c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos.

En los términos analizados, la Sala debe examinar si existe o no existe el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes de este proceso en 1998, es decir, si se perfeccionó o no, teniendo en cuenta que el *a quo* –concediéndole la razón al Hospital Universitario de Cartagena- concluyó que no se perfeccionó, porque no cumplió los requisitos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 –en particular la disponibilidad presupuestal-, y como no se satisfizo no surgieron las obligaciones, de ahí que negó las pretensiones de la demanda.

Para empezar, la Sala concluye, con apoyo en las razones expresadas hasta ahora, que el art. 41 de la Ley 80 no es exigible en los contratos de las ESE, ni siquiera por voluntad de la entidad, ni por exigencia consentida incorporada en un contrato, ni por inclusión que se haga de esos mismos requisitos en el manual interno de contratación. En su lugar, para perfeccionar – existencia- los contratos de estas entidades se deben cumplir los requisitos que el derecho privado imponga, entre los cuales no están los que establece el artículo 41 de la Ley 80.

Lo anterior significa que la obligación de que exista acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que conste por escrito –art. 41- es propio de los contratos de Ley 80, en cambio los regidos por el derecho privado exigen simplemente el acuerdo de voluntades, como regla general consensual, sobre el contrato, pero la ritualidad de la escritura no es necesaria para la existencia, salvo excepciones que la misma ley privada contempla.

Como si fuera poco, ni siquiera en el régimen de Ley 80 la existencia de la *disponibilidad presupuestal* ni del *registro presupuestal* es condición para perfeccionar los negocios, porque el primero se exige para abrir el proceso de selección –lo que sucede antes de celebrar el contrato-²⁷; y el otro es requisito para la ejecución²⁸, no para la existencia del contrato.

²⁷ “Art. 25. Del principio de economía. en virtud de este principio: (...)”

“60. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.”

²⁸ “art. 25. Del principio de economía. en virtud de este principio: (...)”

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”

“Art. 41. 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.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

(...)”

Claro está que es correcto, como lo argumentó el *a quo*, que esta Sección expresó en el auto del 27 de enero de 2000 –exp. 14.935- que el registro presupuestal había pasado a ser un requisito de *perfeccionamiento* de los contratos estatales²⁹; sin embargo esta posición fue recogida por la misma Sección, en la sentencia de septiembre 28 de 2006 –exp. 15.307-, reiterada luego en múltiples providencias, entre ellas la sentencia de junio 7 de 2007 –Exp. 14.669-, en la cual sostuvo que el Decreto 111 de 1996 no modificó el inciso segundo del art. 41 de la Ley 80, de allí que el registro presupuestal continuó siendo un *requisito de ejecución* del contrato, pero no de perfeccionamiento.

De esta manera, el art. 41 citado no ofreció dificultad de comprensión en el año en que se expidió -1993-, pues distinguió perfectamente el momento y los requisitos del *perfeccionamiento* –inciso primero-, del momento y los requisitos de la *ejecución* –inciso segundo-, asignando a cada uno condiciones precisas.

²⁹ En tal sentido señaló la Sala: "... En principio se tiene, que según lo reglado en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, 'los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito'; en tanto que la existencia de la disponibilidad presupuestal y la aprobación de la garantía única de cumplimiento, son simplemente 'requisitos de ejecución' y no de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma sufrió modificación por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilada en el artículo 71 del decreto-ley 111 de 1996, contentivo del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según el cual:

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

"Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos

"En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

"Cualquier compromiso que se adquiera, con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones'..."

En este orden hasta 1996 esta norma no planteó complejidad para la administración, los jueces y demás operadores jurídicos –porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-; sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto 111 de 1996 – norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos el artículo 71 modificó el 41 de la ley 80, agregando un requisito más de perfeccionamiento de los contratos. Dispone la norma mencionada que:

“Art. 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

“En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

“Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

“Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).”

Entre otras cosas, resulta incorrecta aquella posición que señalaba que el art. 41 había sido modificado por el artículo 71 del decreto 111 de 1996, el cual establece que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal. Y ello por lo siguiente: De un lado, porque ella se refiere al perfeccionamiento de los “actos administrativos” –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de manera que es incorrecto aplicarla a una institución o figura

completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, de allí que la norma no podía aplicárseles. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración.

De otro lado, porque la ley 80 reguló de manera especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir requisitos extraños a dicho estatuto.

No obstante las anteriores razones, y como un de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1.150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la "ejecución" del contrato, no para el "perfeccionamiento", pues señaló que "Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...". En efecto, dispone el art. 23 de dicha ley que:

"Artículo 23. De los aportes al Sistema de Seguridad Social. El inciso segundo y el párrafo 1º del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

"Artículo 41. (...)

"Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

"Párrafo 1. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

“El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.” (Negritas fuera de texto)

Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del art. 41 de la Ley 80, de allí que el *perfeccionamiento* del contrato estatal sigue tal como estuvo regulado desde la vigencia del precepto inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un *requisito de ejecución* del contrato, luego hoy no puede sostenerse que lo sea de *perfeccionamiento*, so pena de desatender el sentido del artículo citado. En este orden las cosas deben retornar a su normalidad conceptual.

Afortunadamente esta postura es la que rige; la tesis imperante señalaba que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, llevado a escrito. Posición que fue introducida en la sentencia de septiembre 28 de 2006 –Exp. 15.307- y reiterada -entre muchas otras providencias- en la sentencia de junio 7 de 2007 –Exp. 14.669-. Dispuso la primera sentencia citada que:

“Analizadas las pruebas obrantes en el expediente la Sala advierte que el contratista cumplió con el trámite de legalización que estaban a su cargo, cual era la constitución de las garantías.

“No obra documento demostrativo del proceso de apropiación presupuestal, pero ello no permite afirmar que éste no se produjo y menos aún, que la entidad quedó exenta de cumplir las obligaciones derivadas de un contrato que celebró con el aquí demandante.

“En efecto, suscrito el contrato la entidad quedaba con el deber de expedir el registro de apropiación presupuestal, conforme lo exige el inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993. Y si no cumplió con esta obligación, mal podría invocar su propia culpa en beneficio propio.

“En este punto la Sala precisa que la omisión respecto del trámite del presupuesto del contrato, traduce en el incumplimiento de una obligación de la entidad pública, que le fue impuesta por la ley (art. 41, ley 80 de 1993) y, en este caso, también por el contrato.

“Cabe igualmente advertir que la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor.

“En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.’ En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: ‘Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.’

“De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

“Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla ‘puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes’³⁰

³⁰ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág.143.

“De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.”

En estos términos, la Sala reitera la anterior posición para los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, pues encuentra que el art. 41 de la ley 80 efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal.

No obstante, la anterior conclusión exige un análisis adicional, que la matiza. Si bien, las Empresas Sociales del Estado no se rigen por la Ley 80, sí lo hacen en materia presupuestal por el Decreto 115 de 1996, según lo disponen los arts. 195.7 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 5 del Decreto-ley 111 de 1996³¹, según los cuales el régimen presupuestal de estas entidades es el Decreto 115 de 1996.

La última norma citada establece que los hospitales públicos -que sean Empresas Sociales del Estado-, tienen el mismo régimen presupuestal que las empresas industriales y comerciales del Estado, de manera que para el aspecto que se analiza -la incidencia que tiene sobre el perfeccionamiento de los contratos la regulación contenida en la ley de presupuesto sobre la “disponibilidad presupuestal” y el “registro presupuestal”- la normativa que interesa son los arts. 20 a 22 de esta codificación³²;

³¹ El art. 195 de la Ley 100 dispone que el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado será el siguiente: “7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.”

La norma citada no definió directamente el tema, remitió a la ley orgánica del presupuesto, es decir, al Decreto 111 de 1996, cuyo inciso segundo del art. 5 dispone que los hospitales tendrán el mismo régimen presupuestal que las empresas industriales y comerciales del Estado:

“Art. 5o. Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

“Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (Ley 225/95, artículo 11).”

En conclusión, el régimen presupuestal de las ESE es el mismo de las EICO, pero hasta aquí se desconoce aún el de esta última.

pero en esta ocasión, al igual que concluyó la Sala en relación con las entidades regidas por la Ley 80, los contratos regidos por el derecho privado y por los principios de la función administrativa tampoco se modificaron en su forma de perfeccionarse, es decir esta norma no afectó esa institución de la contratación civil y comercial.

Por las razones expresadas, la Sala concluye, por oposición al *a quo*, que entre Rocío Martínez Urieles y la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena sí existió el contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado el 30 de septiembre de 1998, porque el registro presupuestal echado de menos no es requisito de existencia de ese negocio jurídico. Basta saber que lo celebraron personas capaces, que manifestaron su voluntad coincidente de obligarse; y que tiene objeto y causa. Ahora, como en esta clase de negocios ni la ley civil ni comercial exigen formalidades especiales –solemnidades-, que conste por escrito no es necesario para que exista el acuerdo.

³² Al remitirse, finalmente, al Decreto 115 de 1996, que contiene el régimen presupuestal de las empresas industriales y comerciales del Estado, se concluye que:

“Artículo 1. El presente Decreto se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, del orden nacional dedicadas a actividades no financieras, y a aquellas entidades del orden nacional que la ley les establezca para efectos presupuestales el régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En adelante se denominarán empresas en este Decreto.

Más adelante añade, sobre las disponibilidades y los registros presupuestales, que:

“Artículo 20. Las apropiaciones son autorizaciones máximas de gasto que tienen como fin ser comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año las autorizaciones expiran y en consecuencia no podrán adicionarse, ni transferirse, ni contracreditarse, ni comprometerse.”

“Artículo 21. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

“En consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se originen.”

“Artículo 22. No se podrá tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. Los ordenadores de gastos responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.”

En las condiciones anotadas, la Sala analizará los demás requisitos que en sentir del hospital demandado también impedirían acceder a las pretensiones de la demanda. Concretamente, echa de menos: la hoja de vida de la contratista con sus anexos -cédula de ciudadanía, certificado de estudios, tarjeta profesional, libreta militar, certificado de antecedentes del DAS, libreta militar para los hombres-; constancia de afiliación a una EPS, a pensiones y a cesantías; certificado de paz y salvo expedido por la Contraloría Departamental de Bolívar; publicación en la Gaceta Departamental; póliza de cumplimiento –aunque admite que se constituyó, pero extemporáneamente, porque data del 27 de noviembre de 1998, es decir, después de suscrito el contrato y su otrosí No. 1-; acto administrativo de aceptación de la póliza anterior; ausencia de registro del contrato, porque aun cuando debía registrarse en el libro de numeración consecutiva de la entidad pública, tampoco se cumplió este requisito.

Para la Sala es fácil concluir que los documentos mencionados tampoco son requisito de perfeccionamiento de los contratos regidos por el derecho privado y por los principios de la función administrativa, porque en esta legislación no se contemplan de ese modo; lo que de forma alguna significa que no sean importantes o que no deban exigirse con rigor entre las partes; sólo significa que no constituyen requisitos de existencia del negocio. Incluso, ni siquiera son requisitos de validez, porque no inciden sobre la licitud de la causa, ni la del objeto, tampoco sobre la capacidad, ni sobre otras normas de orden público que afectan la validez del negocio estatal regido por normas privadas.

Conforme a esto, la eventual ausencia de *la hoja de vida de la contratista* con sus anexos -cédula de ciudadanía, certificado de estudios, tarjeta profesional, libreta militar, certificado de antecedentes del DAS-; o la falta de constancia de afiliación a una EPS, a pensiones y a cesantías; la falta de certificado de paz y salvo expedido por la contraloría; la falta de publicación en la Gaceta Departamental; o la falta de registro del contrato del contrato en los libros de la entidad; son eventuales irregularidades que podrían producir otros problemas contractuales, pero no los invocados por el demandado.

No obstante, a diferencia del *perfeccionamiento*, las partes sí pueden acordar condiciones especiales para iniciar la *ejecución* del contrato, porque el derecho privado no regula este tema, así que la autonomía de la voluntad rige este aspecto. No obstante, en el texto del contrato se acordó simplemente que la duración sería de un (1) año contado "... a partir de la suscripción del mismo." –cláusula quinta- (fl. 29, cdno. 1), lo que demuestra que los anteriores

requisitos ni siquiera fueron una exigencia contractual para iniciar la ejecución. Esto significa que si para ese momento no existían, de todas maneras se podía ejecutar el contrato, sin perjuicio de acreditarlos posteriormente.

Entre otras cosas, que avalan el sentido de la decisión que adoptará la Sala, estas afirmaciones incorrectas ni siquiera las demostró el hospital en el proceso, porque corresponden a una manifestación que propuso tardíamente en la *audiencia de conciliación* en primera instancia, al igual que cuando alegó de conclusión en la misma oportunidad, de allí que si en gracia de discusión se le admitiera ese alegato –a esas alturas del proceso-, no sólo carecerían de prueba esos hechos, sino que de llegarse a estimar que por tratarse de una *negación indefinida* están eximidas de prueba –no se aportaron determinados documentos-, también se vulneraría el derecho de defensa del demandante, quien a esas alturas del proceso no pudo pedir pruebas para demostrar lo que le interesaba para defenderse.

En consecuencia, la falta de contestación de la demanda, donde el hospital pudo alegar estos hechos que intentan desvirtuar las pretensiones, no se pueden proponer en el proceso en cualquier instante, bajo la forma de *negaciones indefinidas*, porque la violación al derecho de defensa del demandante es innegable, y la Sala no lo admitiría.

Finalmente, por existir el contrato, se debe analizar ahora si la demandante prestó o no al hospital el servicio por el cual reclama el pago, condición necesaria para acceder o no a las pretensiones.

Para empezar, se recuerda que la entidad no niega que la demandante haya realizado los trabajos que le encomendaron; tampoco discute los valores de las facturas, ni los conceptos o el alcance del servicio, y menos aún existe prueba documental o testimonial que lo niegue, o que por lo menos lo ponga en duda. La defensa del hospital consistió en desconocer la existencia del contrato de prestación de servicios, porque no cumplió algunos requisitos que estimaba necesarios para que se perfeccionara y/o se pudiera ejecutar.

Por el contrario, en el expediente constan varias certificaciones suscritas por funcionarios de la misma entidad estatal -el Coordinador de Cartera y la Jefe de Presupuesto, ver acápite de pruebas de esta providencia-, que dan cuenta de que Rocío Martínez Urieles cumplió el objeto

convenido –fls. 4 a 28, cdno. 1-. En particular, hay que destacar la certificación del 29 de septiembre de 1999, suscrita por la Jefe de Presupuesto, donde hizo constar que el valor adeudado por concepto de auditaje ascendía a \$34'955.400 –fl. 4, cdno. 1-.

De allí que, se encuentra bien acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, según el reconocimiento hecho por funcionarios del hospital, razón suficiente para condenar a pagar la suma de \$34'955.400, que corresponde a los honorarios a que tenía derecho, lo cual se prueba con las certificaciones que provienen de los funcionarios de la entidad demandada, que incluso produjeron en fecha anterior a la presentación de la demanda, de manera que la credibilidad que ofrece la espontaneidad con que se produjeron brinda a la Sala gran tranquilidad sobre el reposo con que las cifras se calcularon.

De otro lado, no se condenará al pago de intereses de mora, porque el derecho a esta indemnización se constituye con la presente providencia de condena, así que es a partir de este momento que la contratista puede exigir el pago, y por eso la mora no empezó a correr –de hecho no existe prueba valorable y creíble sobre el momento del cobro realizado a la entidad-.

En todo caso la anterior suma sí se actualizará desde la fecha en que el hospital reconoce el valor a pagar -septiembre de 1999- y hasta la fecha de esta providencia –abril de 2014³³-. Por tanto, como no se acreditó en qué momento se le debió pagar a la demandante cada cuenta de cobro, se tendrá como fecha unificada de todo el valor el mes de septiembre de 1999 que es cuando la entidad reconoce deber la suma indicada, según la certificación expedida por la Jefe de Presupuesto –fl. 28-.

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{febrero de 2014})}{(\text{IPC inicial} - \text{sept. de 1999})}$$

$$Va = \$34'955.400 \quad \times \frac{(115,28)}{(56,24)}$$

$$Va = \$71'651.111$$

³³ Como para esta fecha no se conoce el índice del DANE sobre IPC del mes de abril, se toma el existente, que corresponde al mes de febrero de 2014.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 27 de mayo de 2003, que negó las pretensiones de la demanda.

Segundo: Anúlase la expresión "... y estará sujeto por la Ley 80 de 1993 y su legalización será conforme a la misma", contenida en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios profesionales, suscrito el 30 de septiembre de 1998 entre Rocío Martínez Urieles y el Hospital Universitario de Cartagena.

Tercero: Condénase Hospital Universitario de Cartagena E.S.E. a pagar a favor de Rocío Martínez Urieles la suma de setenta y un millones seiscientos cincuenta y un mil ciento once pesos (\$71'651.111), ya indexada hasta la fecha de esta providencia.

Cuarto: Niéganse las demás pretensiones.

Quinto: Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ