



Sentencia 01282 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso número: 25000232600020040128201 (35.271)

Actora: Hall & Hall Auditores International Ltda.

Demandado: Instituto de Seguros Sociales

Acción: Contractual

Temas: Prestaciones cumplidas por fuera del contrato y no renovación del contrato. Incumplimiento contractual. Acción procedente. Caducidad de las acciones de reparación directa por enriquecimiento sin causa y contractual en el contrato estatal sometido al derecho privado.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 6 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual declaró no probadas las excepciones de caducidad e ineptitud sustantiva de la demanda y negó las pretensiones (fls. 79 a 93, c. ppal, 2 instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

A través de la acción de controversias contractuales, la sociedad Hall & Hall Auditores International Ltda., en el marco del contrato n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, celebrado con el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., pretende que se declare el incumplimiento de su contraparte por el pago tardío de unas cuentas de cobro y la no renovación del contrato, así como la ocurrencia de un silencio administrativo positivo como consecuencia de una petición por desequilibrio económico. Por último, pide la liquidación judicial del contrato.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se reconozcan los perjuicios económicos causados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 18 de junio de 2004 (fl. 19, c. ppal), la sociedad Hall y Hall Auditores International Ltda. presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Instituto de Seguros Sociales, en adelante I.S.S. (fls. 1 a 19, c. ppal). La demanda se fundamentó así:

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 6 a 17, c. ppal):

1.1.1. El 4 de marzo de 1999, mediante resolución n.º 816, el I.S.S. abrió el concurso de méritos n.º V-EPS- 01 para contratar la auditoría, supervisión y control del cobro de las cuotas moderadoras a los usuarios del I.S.S. por el término de tres años, siempre que existieran disponibilidades presupuestales; mediante resolución n.º 3106 del 22 de septiembre de 1999, el I.S.S. adjudicó el referido concurso a la sociedad Hall & Hall Auditores International Ltda.

1.1.2. Para respaldar el primero año de actividades del contratista seleccionado, el 3 de noviembre de 1999 el I.S.S. y la sociedad actora suscribieron el contrato n.º 212/99, que terminó el 30 de noviembre de 2000 y fue liquidado bilateralmente en octubre de 2001.

1.1.3. Para la vigencia del 22 de diciembre de 2000 al 21 de diciembre de 2001, las partes suscribieron el contrato n.º 484, según la demanda.

1.1.4. Dentro de la ejecución del contrato n.º 484, la demandada dejó de pagar los honorarios correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2001, razón por la cual el contratista requirió al I.S.S. para su cancelación.

1.1.5. El 10 de agosto de 2001, mediante comunicación HAC-989, el contratista solicitó al I.S.S. el restablecimiento del equilibrio contractual quebrantado por la insuficiencia de la tarifa fijada en el contrato, razón por la cual solicitó que se reajustara; sin embargo, la demandada no respondió esa petición, por lo que el contratista protocolizó ese silencio administrativo positivo a través de la escritura pública n.º 0760 del 4 de marzo de 2004.

1.1.6. El 27 de noviembre de 2001, mediante comunicación n.º V-EPS-SC-236, el supervisor del contrato n.º 484 presentó el informe de gestión del contratista al I.S.S. y, además, de certificar el pleno cumplimiento de las obligaciones, recomendó la renovación del contrato por un año más.

1.1.7. El 17 de diciembre de 2001, a través de la comunicación V-EPS-SC-254, el supervisor del contrato solicitó al contratista que gestionara una prórroga y adición por dos meses, la expedición de recursos para vigencias futuras y una nueva evaluación del contrato finalizado los dos meses mencionados.

1.1.8. El 28 de diciembre de 2001, mediante oficio n.º HAC-1649, el contratista manifestó al I.S.S. que finalizado el contrato n.º 484 el 21 de diciembre de 2001 no se había decidido sobre su renovación, según la demanda. Igualmente, informó sobre las demoras en los pagos de octubre y noviembre.

1.1.9. El 18 de enero de 2002, a través del oficio n.º HAC-031, el contratista insistió al I.S.S. sobre la renovación del contrato n.º 484, sin que, al igual que con su primera solicitud, no se recibiera respuesta alguna.

1.1.10. El 24 de enero de 2002, por medio del oficio n.º HAC-054, el contratista remitió al I.S.S. el informe trimestral de la gestión adelantada hasta el 31 de diciembre de 2001.

1.1.11. El 25 de enero de 2002, a través del oficio n.º V-EPS468, el I.S.S. comunicó al contratista la decisión de no renovar el contrato n.º 484, sin exposición de ningún motivo.

1.1.12. El 28 de enero de 2002, mediante oficio n.º V-ESP000472, el I.S.S. devolvió la factura del 25 de enero de 2002 por valor de \$47.401.332.50, para que se ajustara al período contractual, es decir, entre el 1 al 21 de diciembre de 2001, y no entre el 1 al 31 de diciembre como la presentó el contratista.

1.1.13. El 19 de febrero de 2002, mediante oficio V-EPS1233, el I.S.S. manifestó las razones para no renovar el contrato n.º 484, entre las cuales mencionó "una contención de costos" (fl. 10, c. ppal).

1.1.14. El 12 de marzo de 2002, el contratista allegó el informe de las labores ejecutadas hasta el 31 de enero de 2002, así como la factura por el mismo período, las cuales fueron devueltas sin aprobación por parte del I.S.S.

1.1.15. En adelante el contratista solicitó al I.S.S. el reconocimiento de las labores ejecutadas después del 21 de diciembre de 2001, así como la liquidación del contrato, sin que después de varias comunicaciones cruzadas entre las partes se pudiera llegar a ningún acuerdo sobre esos temas.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 3 a 8, c. ppal):

I. DECLARACIONES

PRIMERA: Que se declare que *EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS incumplió las obligaciones en la cláusula tercera y sexta del contrato estatal de prestación de servicios de auditoría n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, al negarse de manera injustificada a pagar de manera oportuna y dentro del término pactado en la cláusula sexta el valor de los honorarios por los servicios profesionales para realizar la auditoría, supervisión y control de cobro manual y automatizado de cuotas moderadoras en cada una de las seccionales en que se contrató el servicio durante el mes de diciembre de 2000; los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, octubre y noviembre de 2001.*

SEGUNDA: Que se declare que *EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS incumplió las obligaciones pactadas en la cláusula tercera y sexta del contrato estatal de prestación de servicios de auditoría n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, al negarse de manera injustificada a pagar de manera oportuna y completa el valor de los honorarios por los servicios profesionales para realizar la auditoría, supervisión y control de cobro manual y automatizado de cuotas moderadoras en cada una de las regiones en que se contrató el servicio durante el mes de diciembre de 2000, enero y febrero de 2002.*

TERCERA: Que se declare que *operó el silencio administrativo positivo frente a la petición HAC-989 de fecha agosto 10 de 2001, la que fue radicada ante el supervisor del contrato dr. César Flórez en el Seguro Social el día 13 de agosto de 2001, comunicación mediante la cual la sociedad HALL Y HALL AUDITORES INTERNATIONAL LTDA. a través de su representante legal solicitó mediante derecho de petición al supervisor del ISS lo siguiente: restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, el cual se ha visto afectado por causas no imputables a nuestra organización y resarcir los perjuicios económicos en que ha incurrido, y que pueden ser mayores, sino se toman las medidas oportunamente tal*

y como lo contempla la Ley 80 de 1993, comedidamente, nos permitimos solicitar la expresión de la tarifa por cuota moderadora auditada a la suma de \$35 más el correspondiente impuesto sobre las ventas. Dicha reexpresión debe considerarse desde la fecha de suscripción del contrato es decir desde el 22 de diciembre de 2000, con el propósito de mantener la ecuación contractual de la siguiente forma:

Cuotas moderadoras reales vendidas a junio de 2001	\$14.318.254
Cuotas moderadoras proyectadas vendidas a diciembre de 2001	\$9.576.631 \$23.894.885
TOTAL CUOTAS MODERADORAS VENDIDAS	\$35
Tarifa solicitada	\$836.320.975

La suma de \$836 millones son los ingresos esperados que permitiría obtener la rentabilidad estimada del 9% descrita en nuestra comunicación HAC-2699 del 12 de diciembre de 2000

CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones primera, segunda y tercera del presente acápite, se declare el rompimiento de la ecuación contractual original y se reconozca el desequilibrio financiero del contrato estatal de prestación de servicios n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, a causa del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Instituto de los Seguros Sociales -ISS- y por la no contestación del petitorio en el que se solicitó el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato.

QUINTA: Que se declare que como consecuencia del rompimiento de la ecuación contractual original del contrato estatal de prestación de servicios de auditoría n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, por la ocurrencia de hechos imputables al Instituto del Seguro Social -ISS- y a causas externas por pérdida aproximada en (\$59.000.000), situación que tuvo su origen por la disminución en las unidades vendidas de 2.738.067 equivalente al 20% de la cifra presupuestada por el ISS, lo que produjo que no obtuviera el porcentaje del 9% DE LA RENTABILIDAD ESTIMADA y también porque no se tuvo en cuenta los \$35 propuestos inicialmente por cada comprobante de cuota moderadora auditada, por lo que la firma HALL & HALL AUDITORES INTERNACIONAL LTDA., se vio obligada a mantener sus costos operativos y los costos fijos no susceptibles de disminución frente a unos ingresos determinados por una menor tarifa por honorarios aprobada en la suma de \$25 por cuota, y una disminución de las cuotas moderadoras vendidas en el primer semestre de ejecución, ingresos que para la firma estaban directamente proporcionados por el aumento de venta de cuotas moderadoras, situación que no ocurrió según los estimativos proyectados por el ISS.

SEXTA: Que se declare que EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS incumplió la resolución 816 del 4 de marzo de 1999, y los términos de referencia al no suscribir para el tercer año el contrato estatal de prestación de servicios de auditoría supervisión y control del cobro de las cuotas moderadoras a los usuarios de la EPS de 2000, con la firma Hall & Hall Auditores Internacional Ltda. a pesar que según informe del supervisor del contrato emitido mediante comunicación V-EPS-SC-236 de noviembre 27 de 2001, la firma cumplió con las condiciones señaladas, por lo que se recomendó la renovación del mismo por un año más, requisito que estaba consignado en el pliego de condiciones y en la cláusula cuarta del contrato 484 de 2000, para que fuera viable la autorización de la suscripción para el tercer año.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaración sexta del presente acápite, se declare el reconocimiento del LUCRO CESANTE al no cumplir el ISS de manera completa con la obligación de suscribir el contrato para el tercer año de actividades de la auditoría, proceso de contratación que fue adjudicado mediante el concurso de méritos V-EPS01 de 1999 según la resolución 3106 de 1999 y que generó una expectativa financiera para el contratista seleccionado por el Instituto de los Seguros Sociales -ISS-.

OCTAVA: Que se declare que el término legal establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para la liquidación del contrato estatal de prestación de servicios profesionales de auditoría n.º 484 del 22 de diciembre de 2000 se encuentra vencido, sin que las partes de mutuo acuerdo no lo hayan liquidado, ni el Instituto de los Seguros Sociales ISS lo hubiera liquidado unilateralmente. (...)

III. LO QUE SE DEMANDA

Una vez efectuadas las anteriores declaraciones, respetuosamente solicito a los honorables miembros del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, proferir las siguientes condenas:

PRIMERA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de la suma de (\$2.565.177) DOS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE, valor que corresponde al saldo pendiente de la factura n.º 3995 emitidas el día 23 de febrero de 2001 por concepto de los servicios de auditoría prestados durante el mes de diciembre de 2000, más la INDEXACIÓN o corrección monetaria de dicha suma, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadística D.A.N.E. al momento en que se profiera el fallo.

SEGUNDA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de los intereses que causen la suma anterior, los cuales deberán liquidarse a la tasa establecida en el parágrafo 1 de la cláusula décima y en congruencia con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, y hasta el día en que se profiera el fallo en el presente proceso.

TERCERA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- el pago de la suma de (\$9.512.581) NUEVE MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS OCHEENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL, valor que corresponde al costo de los intereses causados hasta día (sic) en que se efectuó el pago de las facturas n.º 3995, 3996, 3997, 3998, 4034, 4075, 4110, 4144, 4239 y 4232 por concepto de los servicios de auditoría suministrados por la sociedad HALL & HALL AUDITORES INTERNACIONAL LTDA., al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS-. En ejecución del

contrato n.º 484 de 2000 más la INDEXACIÓN o corrección monetaria de dicha suma, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadística D.A.N.E. al momento en que se profiera el fallo, de acuerdo a los siguientes valores y fecha: (...) [se consigna un cuadro con lo anunciado]

CUARTA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de la suma de (\$60.754.388) SESENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS OCENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL, valor que corresponde al costo de los servicios de auditoría prestados durante el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2001 y 31 de enero de 2002, los que fueron cobrados mediante facturas n.º 4276 y 4339 por HALL & HALL AUDITORES INTERNATIONAL LTDA. Dichos servicios fueron prestados por fuera del contrato y se facturaron como un mayor valor de obra o de permanencia, más la INDEXACIÓN o corrección monetaria de dicha suma, de conformidad con el índice al consumidor (sic) certificado por el Departamento Nacional de Estadística D.A.N.E. al momento en que se profiera el fallo.

QUINTA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de los intereses que cause la suma anterior, los cuales deberán liquidarse a la tasa establecida en el parágrafo 1 de la cláusula décima y en congruencia con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, y hasta el día en que se profiera el fallo en el presente proceso.

SEXTA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de la suma de (\$123.205.869) CIENTO VEINTITRÉS MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS LEGAL o a la suma que resulte probada durante el trámite del proceso por concepto de desequilibrio financiero del contrato n.º 484 de 2000 correspondiente a la sumatoria del valor negativo del ejercicio financiero del contrato, y hasta el punto de no pérdida que debía reportar el contrato.

SÉPTIMA: Condenar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de la suma de (\$83.975.000) SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS LEGAL (sic) por concepto de la utilidad operacional esperada en ejecución del contrato n.º 484 de 2000 la que está calculada sobre el nueve por ciento (9%) del valor de los ingresos totales. (...)

OCTAVA: CONDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS- al pago de la suma de (\$52.928.640) CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA LEGAL por concepto de LUCRO CESANTE por la no suscripción del contrato para el tercer año, valor correspondiente a la utilidad operacional esperada en ejecución del mismo. Dicho valor está calculado sobre los siguientes estimativos: [se efectúan las operaciones matemáticas que respaldan la pretensión]

NOVENA: Ordenar la liquidación en sede judicial del contrato estatal de prestación de servicios de auditoría n.º 484 del 22 de diciembre de 2000, incluyendo en la misma, los valores que se reconozcan a la firma HALL & HALL AUDITORES INTERNATIONAL LTDA. en virtud de las condenas relacionadas en las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava del presente acápite.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El I.S.S. (fls. 26 a 30, c. ppal), además de oponerse a las pretensiones, precisó que la renovación del contrato era una decisión que correspondía adoptar a la administración, como en efecto ocurrió. Sostuvo que si se abstuvo de continuar con el contrato fue porque no resultaba conveniente, sin que fuera obligatorio decidir en el sentido que reclama la parte actora. Igualmente, insistió que las prestaciones ejecutadas por fuera del contrato no se podían reclamar a través de la acción contractual sino de la acción de reparación directa.

Se opuso al alegado silencio administrativo positivo, en tanto, a su juicio, no operaba para reclamaciones de desequilibrio contractual.

Como excepciones propuso la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto insistió que frente a las prestaciones ejecutadas por fuera del contrato, la acción era la de reparación y no la contractual, como hizo la parte actora; igualmente, afirmó que existía caducidad de la acción, teniendo en cuenta que el contrato se terminó el 21 de diciembre de 2001, razón por la cual se tenían cuatro meses para su liquidación, es decir, hasta el 21 de abril de 2002. A juicio de la demandada, desde esta última fecha se contaban los dos años para acudir ante esta jurisdicción, los cuales vencían el 23 de abril de 2004. En consecuencia, como la demanda se presentó el 30 de junio de 2004, es claro que lo fue de forma extemporánea.

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 71 a 77, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 6 de diciembre de 2007 (fls. 79 a 93, c. ppal, 2^a instancia), el a quo declaró no probadas las excepciones de caducidad e ineptitud sustantiva de la demanda y negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

CONSIDERACIONES

I. Procedibilidad de la acción

En el caso que ocupa la atención de la Sala pretende el demandante obtener: de un lado, que se declare el incumplimiento de las obligaciones por parte del Instituto de Seguros Sociales, de otro, que se declare que operó el silencio administrativo positivo frente a la petición HAC989 de 10 de agosto de 2001, que se declare el rompimiento del equilibrio contractual, y que se declare que venció el término para la liquidación del contrato.

A juicio de la Sala, la acción de controversias contractuales es procedente en tanto que deriva de un contrato estatal, específicamente de un contrato de auditoría suscrito entre el Instituto de Seguros Sociales y la firma Hall & Hall Auditores International Ltda. (fs. 214-217, 232-233 c. 2) y se pretende, en el caso concreto, la declaratoria de incumplimiento y desequilibrio contractual, la falta de competencia de la demandada para liquidar el contrato, y el consecuente resarcimiento de los perjuicios sufridos.

II. EXCEPCIONES

El Instituto de Seguros Sociales propuso las excepciones de caducidad e inepta demanda. (...)

1. (...) En el caso concreto, considera la Sala, que el término de caducidad del contrato 0484 de 2000 debe empezar a contarse a partir del 21 de junio de 2002, teniendo en cuenta que si el término de duración del contrato fenece el 21 de diciembre de 2001, su liquidación, como lo afirmó el demandado, debía efectuarse de común acuerdo dentro de los 4 meses siguientes y unilateralmente por la administración de los dos meses siguientes al plazo anterior, de donde los 2 años de caducidad se cumplirían el 21 de junio de 2004. Así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta el 18 de junio de 2004, concluye la Sala, que la demanda fue presentada antes del vencimiento del término de caducidad.

2. (...) Así, infiere la Sala que la causal invocada por el Instituto de Seguros Sociales no corresponde a las causales previstas por la legislación procesal para que se configure la ineptitud de la demanda, adicionalmente, advierte la Sala que la demanda tiene su origen en un contrato estatal, a partir del cual la demandante estructuró sus pretensiones y por ende la acción procedente en el caso concreto es en efecto la acción contractual, intentada por Hall & Hall Auditores. (...)

IV. OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

En el escrito de objeción, la entidad demandada se limitó a manifestar su inconformidad con lo expresado en la experticia valorando críticamente desde su punto de vista las conclusiones del perito, omitiendo precisar y señalar cuáles de ellos se alejaban por completo de la realidad y carecían por completo de sustrato material o eran sustancialmente equivocados, de tal manera que fueran en contravía de la realidad o de las pruebas allegadas al proceso o de las deducciones lógicas que se pudieran efectuar a partir de las pruebas allegadas al proceso. Tampoco solicitó una nueva experticia que permitiera evidenciar los graves yerrores del dictamen inicial. Por tanto, para la Sala la objeción por error grave no procede pues el perito se limitó a liquidar los intereses pedidos por el demandante y a efectuar las operaciones matemáticas necesarias a partir de los supuestos fácticos arrimados por las partes al proceso, si esas bases a partir de las cuales el perito se pronuncia no resultan probadas dentro del proceso o son desvirtuadas en su curso no podrán valorarse por el juez y por consiguiente las deducciones periciales no tendrán ningún efecto lo cual es diferente a considerar que por este hecho sean erradas.

En consecuencia, deberá la Sala apreciar el dictamen conforme a las reglas generales procesales y el principio de apreciación racional de las pruebas, teniendo en cuenta su firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos, la competencia del perito y los demás elementos probatorios que obren en el proceso como lo señala el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

V. ASUNTO DE FONDO (...)

En el caso concreto, reiterando que los medios probatorios allegados al plenario lo fueron en copia simple, infiere la Sala que los derechos que pretende derivar el contratista del supuesto acaecimiento de silencio administrativo positivo no aparecen debidamente acreditados en el proceso, y por consiguiente no puede el juez derivar efectos jurídicos de la mera escritura de protocolización del silencio administrativo positivo. En efecto, es carga de la parte que alega el acaecimiento de esta figura jurídica probar en el proceso las circunstancias de su configuración como que los derechos que se pretenden hacer efectivos con este eran previos a la solicitud, teniendo de presente que la simple omisión de respuesta de una petición durante el término de ejecución del contrato por parte de la administración no es creadora de derecho. (...)

Con respecto a las demás pretensiones conviene la Sala en que no cuenta el plenario con los elementos necesarios para decidir favorablemente las pretensiones del demandante. En realidad la parte a cuyo (sic) cuenta estaba la demostración de la existencia del contrato, de sus condiciones, como las irregularidades ocurridas durante y posterior a su vigencia, procesalmente hablando, incumplió la carga procesal probatoria conforme lo establece en el artículo 177 del C. de P.C. toda vez que debió probar los fundamentos de hecho en que afianzó sus pretensiones. (...)

Por ende, en el caso concreto era carga de la parte actora probar los hechos sustento de la causa petendi, situación que desatendió dentro del término procesal para ello, puesto que conociendo que las copias simples carecen de valor probatorio, como lo expresa el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, ni siquiera solicitó en el acápite de pruebas de la demanda que se oficiara a la entidad demandada para que allegara copia auténtica de los documentos que consideró esenciales para la probanza de los hechos relevantes, como tampoco los antecedentes administrativos del contrato, despojando de tal suerte a la presente acción de los supuestos necesarios para resolver favorablemente las súplicas de la demanda.

En gracia de discusión, el a quo sostuvo que de dotar de eficacia probatoria a las copias simples aportadas, las pretensiones tendrían que negarse. En efecto, frente al pago tardío señaló que no se probó la fecha en que debía hacerse ni sus montos, como quiera que no se allegaron las facturas y sus correspondientes soportes.

Frente al desequilibrio contractual precisó que la única prueba para demostrarlo fue el peritaje; sin embargo, esa prueba se respaldó en las **Sentencia 01282 de 2017 Consejo de Estado**

afirmaciones de la parte actora contenidas en su derecho de petición HAC-781 del 10 de julio de 2003, razón que demeritaba la fuerza probatoria de dicho dictamen.

Respecto del incumplimiento por la no renovación del contrato señaló que para el efecto se requería de disponibilidad presupuestal y de evaluación favorable. En cuanto a lo primero no se aportó prueba de su verificación. Con relación al segundo, aclaró que si bien existió concepto favorable del supervisor del contrato, también lo es que la demandada por medio del oficio n.º VEPS001233 del 19 de febrero de 2002 fundamento su decisión en los reparos frente a la ejecución por parte del contratista y, además, la racionalización de gastos que imponía la reducción de contratistas para algunas actividades que se podían realizar a menor costo y con igual o mayor eficiencia. Lo anterior, a juicio del a quo, ponía de presente que no se cumplieron los requisitos de la renovación.

Finalmente, con relación a la declaratoria de incompetencia del I.S.S. para liquidar el contrato, en tanto dejó vencer los términos para el efecto, el a quo señaló que se trataba de una eventualidad frente a la cual no era procedente pronunciarse.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apela la decisión del a quo con el fin de que se revoqué la decisión y se accedan a las pretensiones (fls. 95 a 98, c. ppal, 2^a instancia)¹. Para el efecto, sostiene:

(i) El a quo debió inadmitir la demanda por la carencia de requisitos y formalidades previstos en los artículo (sic) 137 a 139 del Código Contencioso Administrativo, en lo concerniente a las pruebas aportadas en copia simple, cuyo valor fue desestimado al momento de fallar para negar las pretensiones.

(ii) También se desconoció la publicación del contrato n.º 484 de 2000 en el Diario Oficial, que se reputan copias hábiles sin necesidad de autenticación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo. De esa forma se probó la existencia de la relación contractual demandada.

(iii) Las pruebas aportadas en copia simple no fueron tachadas de falsas por la demandada, razón por la cual en aplicación del principio de buena fe debieron valorarse. Además, si existían dudas frente a los hechos que ponían de presente las copias simples, bien pudo el a quo decretarlas de oficio, con el fin de esclarecer la verdad.

(iv) El a quo omitió pronunciarse sobre el dictamen pericial obrante en el proceso.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 108 a 113, c. ppa).

III. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, el Instituto de Seguros Sociales², es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone³.

1.1.3. De otro lado, las pretensiones formuladas, en su mayoría, pueden demandarse a través de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en tanto es claro que su fuente de reclamación lo es el contrato n.º 484 de 2000.

Con todo, vale aclarar en este punto que la pretensión segunda (fl. 3, c. ppal) se analizará a través de la acción de reparación directa, toda vez que en ella se solicitó el reconocimiento de los servicios prestados después del 22 de diciembre de 2001, esto es, una vez finalizado el contrato n.º 484 de 2000, lo que significaría que se trata de hechos cumplidos, que como lo tiene definido el pleno de la Sección deben reclamarse a través de la acción de reparación directa⁴. Esa adecuación es procedente, en tanto fue una reclamación plenamente conocida por la contraparte, hasta el punto que propuso la excepción de indebida escogencia de la acción por esa misma circunstancia. De suerte que las garantías constitucionales quedarían incólumes, tal como lo ha exigido para el efecto la jurisprudencia de esta Corporación⁵.

Sin embargo, como al tiempo se solicitó en la pretensión sexta (fl. 4, c. ppal) que se declarara el incumplimiento de la demandada por no renovar el contrato, pretensión que de prosperar haría improcedente el reconocimiento anteriormente analizado, toda vez que de esa forma se correría el riesgo de indemnizar dos veces lo pedido por los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, en tanto ese periodo se entrecruza en las pretensiones en estudio. Para evitar lo anterior, la Sala primero determinará la procedibilidad de la pretensión sexta, a través de la acción contractual. De prosperar será improcedente el análisis de la pretensión segunda, en tanto esta quedaría absorbida por aquélla. De negarse, se

abordaría el estudio de la pretensión segunda, pues de no ser así se podría auspiciar un enriquecimiento sin causa de la demandada.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio. Igualmente, son destinatarios de las reclamaciones mutuas por el supuesto enriquecimiento sin causa.

1.3. La caducidad

1.3.1. Frente a la caducidad de la acción contractual, es preciso indicar que, alrededor del artículo 275 de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el régimen jurídico de los contratos suscritos por el I.S.S. está determinado por la forma en que actúa esa entidad, a saber, como entidad promotora o prestadora de los servicios de salud o desprovista de esas calidades. En efecto, en tal sentido se precisó⁶:

12. *Al respecto, debe señalarse que el régimen de seguridad social adoptado por la Ley 100 de 1993, específicamente respecto del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 275 confirmó su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, con el agregado de que en lo atinente a los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora -E.P.S.- y, en ciertos casos, como prestadora de servicios de salud -IPS-, con jurisdicción nacional⁷, de manera que en cuanto a su disciplina jurídica se aplicarían las normas generales correspondientes a esa fisonomía.*

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

14. *Esta posición fue sostenida por la Sala en sentencia del 3 de diciembre del 2012⁸, en la que en el marco de una acción de reparación directa se declaró la responsabilidad extracontractual de la entidad estatal objeto de análisis, por negarse a suscribir y perfeccionar un contrato, cuando, en aplicación de las normas comerciales, ya había aceptado la oferta que para el efecto le había formulado el particular demandante.*

15. *También, en sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 21610⁹, en un proceso en el que se solicitaba la declaratoria de incumplimiento de un contrato de prestación de servicios de salud, cuyo documento contentivo fue aportado al proceso, la Sala se pronunció en los siguientes términos:*

Lo anterior indica que el I.S.S., en el asunto en estudio actuó como Entidad Promotora de Salud y, en esa medida, sometió su actuación al régimen contractual aplicable a estas entidades. En tal sentido, el artículo 179 de la misma ley en cita permitía que "las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales", más adelante dicha norma, para racionalizar la demanda por servicios, les permitía "adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos".

En suma, el régimen jurídico aplicable al contrato sub judice es el previsto en las normas comerciales y civiles, al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Igualmente, la doctrina nacional ha sostenido que, en el marco de dicha ley, para la prestación del servicio de salud se previeron regímenes especiales de contratación de las E.S.E., E.P.S., A.R.S. y A.R.P¹⁰.

16. *Idéntica postura se plasmó en otra sentencia, también del 29 de octubre del 2012, en la que en el marco de una relación entre un particular y otra E.P.S. estatal, en este caso del orden departamental de Cundinamarca, se evaluó el cumplimiento de las cláusulas del contrato, caso en el cual, valga aclarar, también se allegó un documento suscrito por las partes que contenía las obligaciones correlativas que se consideraban desconocidas¹¹.*

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

En consecuencia, es menester establecer la forma en que actuó el I.S.S. en la relación contractual en estudio. En esa dirección, vale recordar que el objeto del contrato se concretó en la auditoría, supervisión y control sobre el cobro manual y automatizado de las cuotas moderadoras de los usuarios de la contratante (fl.48, c. 2, cláusula primera).

Vale recordar que el I.S.S., en calidad de entidad promotora de salud, en los términos del artículo 177 de la Ley 100 de 1993¹², era responsable de la afiliación, del registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, y con la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la referida ley; y en calidad de entidad prestadora de salud, en los términos del artículo 185 ejusdem, debía atender a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la

presente Ley.

Como se observa, la función de recaudo de las cotizaciones de los afiliados, que ejercía el I.S.S. en su condición de entidad promotora, tiene relación directa con el objeto del contrato en estudio. En esos términos, guardadas las proporciones, es una forma indirecta de cumplimiento de la referida función a través de un tercero, en este caso, el contratista.

Así las cosas, para la Sala la actuación del I.S.S. fue en su calidad de entidad promotora del servicio de salud y, por consiguiente, sometido al derecho privado, en los términos del artículo 179 de Ley 100 de 1993 que permitió que “*las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales*”, más adelante dicha norma, para racionalizar la demanda por servicios, les autorizó “*adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos*”. Disposición que a la luz de la posición jurisprudencial citada debe interpretarse en esa vía, entendimiento justificado por el fin que persiguen ese tipo de entidades, que no es otro que la prestación del servicio de salud¹³, además del régimen de competencia al que fue sometido ese servicio que impone como mínimo las mismas reglas para todos los competidores.

Ahora, no puede pasarse por alto que para la fecha de la celebración del contrato en estudio, la naturaleza jurídica del I.S.S. era la de una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que podría pensarse que su régimen jurídico quedó regulado en los términos del artículo 98 de la Ley 489 de 1998, norma posterior a la Ley 100 de 1993, que dispuso:

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

En línea con lo expuesto, podría concluirse que el contrato estaría regido por la Ley 80 de 1993; sin embargo, es la especialidad la que define esa aparente antinomia, en tanto la Ley 100 de 1993 regula de forma particular y especial la prestación del servicio de salud, así como las particularidades de las entidades encargadas del mismo. En consecuencia, habrá que estarse a lo dispuesto en esta última para tales efectos.

En claro lo anterior, se impone concluir que el contrato en estudio quedó regulado por el derecho privado.

En esos términos, en principio no estaba sujeto al trámite liquidatorio¹⁴; sin embargo, en la cláusula décima tercera las partes acordaron someterla voluntariamente a dicho trámite en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. Efectivamente, así se consignó (fl. 51 rev., c. 2):

DÉCIMA TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: *La liquidación del contrato procederá en los siguientes casos: a) Cuando se agote el valor del contrato. b) Cuando quede en firme la resolución que declare la terminación unilateral o la caducidad. c) Cuando el término de suspensión supere los doce (12) meses, sin que se haya reanudado el contrato. d) Cuando haya operado la condición resolutoria. e) Cuando de común acuerdo la decidan las partes. f) En los demás casos en los que no sea posible continuar con la ejecución del contrato. Para efectos de liquidación se tendrá en cuenta las previsiones de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.*

Ahora, como el contrato en estudio estaba sometido al derecho privado, es claro que la única posibilidad de liquidación era la consensuada, toda vez que una facultad unilateral en tal sentido no puede devenir del pacto entre las partes sino de la habilitación legal en tal sentido.

La Sección, en un caso de cláusula excepcionales, que bien puede extenderse al poder unilateral de liquidación, guardadas las proporciones entre ambas facultades, en tanto la cuestión es la necesidad de habilitación legal para su ejercicio, ha entendido que los poderes unilaterales del contrato estatal no pueden ser ejercidos por el contratista, en tanto los móviles de este no corresponden con el interés general, como sí ocurre cuando el legislador así lo confiere expresamente a la entidad estatal. En efecto, en un asunto donde se facultó al contratista para dar por terminado unilateralmente un contrato estatal de leasing, suscrito entre una entidad financiera privada y una entidad territorial, se precisó¹⁵:

1.1. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales “para el cumplimiento de los fines de la contratación”, tienen a su cargo la dirección, control y vigilancia de la ejecución del contrato y por consiguiente, “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, pueden tomar, entre otras medidas, la decisión unilateral de dar por terminado el contrato.

Esta facultad se entiende incorporada en la mayoría de los contratos estatales y es catalogada por la Ley 80 de 1993 como un poder excepcional al derecho común.

El que sea un poder excepcional significa que a la administración se le concede una potestad que rompe con la posición simétrica que en principio debe tener cada parte dentro de un contrato y que, por consiguiente, la entidad estatal se coloca contractualmente en una situación de privilegio ya que sólo ella tiene el correspondiente poder especial y sólo ella puede usarlo legítimamente.

Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe (sic) con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que ese poder solamente lo tiene la entidad estatal y nunca el contratista.

En efecto, si también la tuviera el contratista, es evidente que este al hacer uso de ese poder lo haría para privilegiar y satisfacer su interés

individual en detrimento de la satisfacción del interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante la ejecución del objeto contractual.

De otra manera, si lo tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer.

Y si sólo lo tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general.

Así que entonces, en resumen, la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato estatal sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que esa facultad sólo puede ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración.

Recientemente, en un contrato de distribución de licor sometido a la Ley 80 de 1993, que fue terminado unilateralmente por la entidad estatal contratante por una causal diferente de las contempladas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, pero pactada por las partes, la Subsección, además de anular los apartes del contrato y los actos administrativos respectivos, precisó que “la protección del interés general, que es el que justifica el ejercicio de las facultades excepcionales, radica en cabeza del legislador y no de las partes del contrato estatal, hasta el punto que solo por su habilitación expresa y dentro del estricto margen de esa habilitación es posible obrar de forma excepcional dentro de contratos estatales”¹⁶.

En conclusión, el cómputo de la caducidad de la acción, en tanto el contrato estatal es objeto de liquidación, estará mediado por dicho trámite, pero limitado al necesario para realizarlo consensuadamente. (sic)

Así, el término para efectuarla era de cuatro meses, toda vez que no se pactó en contrario (artículo 60 de la Ley 80 de 1993). Vencidos los cuales iniciaba a correr el término de caducidad de la acción. En esos términos, precisa mencionar que el contrato en estudio terminó el 22 de diciembre de 2001. Lo anterior si se tiene en cuenta lo dispuesto en la cláusula cuarta que dispuso que el plazo del contrato era de un año contado a partir de la aprobación de la garantía única y de la expedición del registro presupuestal (fl. 49 rev., c. 2). Ahora, si bien el expediente solo obra la garantía única expedida el mismo día de la suscripción del contrato (22 de diciembre de 2000, fl. 46, c. 2), lo cierto es que en diferentes comunicaciones el supervisor, en las cuales solicitó la renovación y la prórroga del contrato, advirtió que el contrato vencía el 22 de diciembre de 2001 (fl. 64 y 68, c. 2). Incluso, la parte actora así lo entendió y lo expresó al I.S.S. al recordarle sobre la renovación o prórroga del contrato (fl. 69, c. 2). Sin que la demandada hubiera expuesto un entendimiento distinto. De suerte que la referida fecha será tenida como punto de partida para liquidar el contrato bilateralmente y a su vez como inicio para computar el término de caducidad, como pasa a explicarse:

Siendo que el contrato terminó el 22 de diciembre de 2001, el término para liquidarlo de forma consensuada vencía el 23 de abril de 2002. De ahí se contaba con dos años para demandar, es decir, hasta el 24 de abril de 2004; sin embargo, la demanda se presentó el 18 de junio de 2004 (fl. 19, c. ppal). Aunque en los hechos de la demanda se mencionó que la actora le propuso al I.S.S. un trámite conciliatorio ante la Procuraduría General de la Nación (fls. 11, c. ppal), no hay pruebas que lleven a concluir que esa propuesta se hubiera materializado en un trámite conciliatorio que permitiera la suspensión del término de caducidad, tampoco se observa relacionada en las pruebas documentales acompañadas con la demanda (fls. 17 y 18, c. ppal).

De conformidad con lo expuesto, es claro que la acción contractual en estudio se encuentra caducada y así se declarará.

1.3.2. Ahora, en cuanto a la caducidad de la acción de reparación directa, es claro que se reclaman los hechos cumplidos entre el 22 de diciembre de 2001 y el mes de enero de 2002. Sobre el cómputo de la caducidad de la acción en ese tipo de asuntos, la Sección ha precisado que debe computarse desde la consolidación del daño, es decir, cuando la entidad demandada le comunicó al contratista sobre la imposibilidad de pagarle los hechos cumplidos. En efecto, así ha lo sostuvo¹⁷:

En el caso debatido en el presente proceso, se advierte que no se dio cumplimiento al procedimiento previsto en el código fiscal respectivo y, en general, en las normas aplicables en la época de los hechos, para acordar las condiciones propias de un contrato de suministro entre el Municipio de Arauca y el señor Eulises Barón Gómez, y mucho menos se adelantaron las etapas necesarias para lograr su perfeccionamiento y legalización. Así, no puede considerarse que la acción procedente fuera la contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Teniendo en cuenta lo expresado en la demanda, en la que se acepta la ausencia total de los aludidos trámites, y las pruebas que obran en el proceso, resulta claro que el actor estaba imposibilitado para ejercer dicha acción (...).

*Sin embargo, la Sala considera necesario reiterar que, en casos como el presente, el término de caducidad debe contarse a partir de la fecha en que se deba entender consolidado el daño reclamado, lo que aquí habría ocurrido en la fecha en que se le comunicó oficialmente al señor Eulises Barón, por parte de la entidad demandada, la imposibilidad de cancelarle las cuentas de cobro presentadas por los bienes que, según sus afirmaciones, le había suministrado. Reitera la Sala, en relación con este tema, lo expresado en la sentencia del 6 de septiembre de 1991, citada anteriormente, en el sentido de que “Exigirle a la... actora una actividad jurisdiccional previa a la negativa oficial de pago y sancionarla porque no demandó el reconocimiento de un derecho cuya negativa antes ignoraba, sería ir en contra del sentido común y de una equitativa valoración de lo sucedido”.*¹⁸

Si bien, como se expresó en fallo reciente¹⁹, la formulación de una solicitud de pago, en estos casos, no es obligatoria, ya que en nuestro sistema, a diferencia del francés, no procede la denominada decisión préalable, es decir, la exigencia legal de obtener un pronunciamiento

administrativo previo al ejercicio de la acción, encuentra la Sala que, en aquellos casos en que las partes realizan negocios con alguna frecuencia, los cuales se ejecutan de buena fe, efectuándose los pagos luego de transcurrido un término prudencial desde la entrega de los bienes, la prestación del servicio o la realización de la obra de que se trate, el contratista no tiene conocimiento de su perjuicio sino cuando es informado de que, efectivamente, el pago reclamado no se va a realizar, sea porque ello le sea comunicado verbalmente o por escrito, o porque dadas otras circunstancias, pueda llegar a tal convicción. Este hecho sucedió, en el caso del señor Barón Gómez, necesariamente, con posterioridad al mes de mayo de 1993, cuando el alcalde Ricardo Alvarado Bestene le informó que los valores reclamados no serían cancelados.

En línea con lo expuesto, la Sala considera que el punto de partida de la caducidad de la acción de reparación directa, para el período de los hechos cumplidos en diciembre de 2001, debe ser el recibo por parte de la accionante del oficio n.º VEPS-472 del 28 de enero de 2002, a través del cual el Vicepresidente del ISS devolvió a la actora una factura en la que cobraba los servicios prestados por todo el mes de diciembre de 2001, improcedente, según la demandada, en tanto el contrato había terminado el 22 del último mes y año referidos.

En ese orden, visto el oficio VEPS 472, arriba citado, se tiene que en su texto se estampó un sello de recibido del 29 de enero de 2002 que corresponde al utilizado por la actora en otras correspondencias cruzadas con el I.S.S, aunque el mes resulta un poco borroso; sin embargo, esa fecha se confirma con la escritura a mano alzada en el referido oficio que da cuenta de que la accionante lo respondió a través de la comunicación HAC-083 del 31 de enero de 2002, forma que es con la que el contratista identificada sus comunicaciones.

Igualmente, en el oficio HAC-781 del 10 de julio de 2003, el contratista aceptó que cambió la factura devuelta por el I.S.S. mediante oficio n.º VEPS-472 del 28 de enero de 2002 y la ajustó a los 21 días del mes de diciembre de 2001, como lo pidió el I.S.S. (fl. 117, c. 2). De lo anterior da cuenta las pruebas aportadas para soportar el dictamen pericial, dentro de las cuales se allegó la factura n.º 001-004276 del 31 de enero de 2002, en la que la contratista cobró al I.S.S. únicamente el período entre el 1 y el 21 de diciembre de 2001 (fl. 38, c. 3), es decir, sin lugar a dudas conocía de la devolución de la primera factura que cobraba todo ese mes y, en consecuencia, procedió a ajustar como lo dispuso en el pluricitado oficio HAC-781.

En suma, aun si se contara el término de caducidad desde 31 de enero de 2002, la acción estaría caducada, en tanto se presentó el 18 de junio de 2004 (fl. 19, c. ppal).

Ahora, frente a la reclamación por el mes de enero de 2002, el I.S.S. devolvió la factura correspondiente a este período el 21 de marzo de 2002, que según el sello de la accionante la recibió en abril de 2002, sin que se puede determinar con precisión el día, en tanto es ilegible (fl. 104, c. 2); sin embargo, en la comunicación HAC-465 del 25 de abril de 2002, la contratista confirma que fue recibida ese mismo día, es decir, el 25 de abril de 2002 (fl. 106, c. ppal).

Si se cuenta desde ese día o del 30 de abril, último día de ese mes, es claro que la acción fue presentada fue extemporánea, en tanto se presentó el 18 de junio de 2004 (fl. 19, c. ppal). En consecuencia, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar probada la caducidad de la acción y negar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 6 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, en los términos expuestos en esta sentencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR probada la caducidad de la acción.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS, en tanto no están probadas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANilo ROJAS BETANCOURTH

Magistrada

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ El recurso se interpuso el 22 de enero de 2008 (fl. 95, c. ppal, 2^a instancia).

² El artículo 8 de la Ley 90 de 1946 creó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio. Disposición derogada por el Decreto 433 de 1971 que lo reorganizó como una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (artículo 9). A su vez el artículo 1 del Decreto 2148 de 1992 lo reestructuró como el Instituto de Seguros Sociales, empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al citado Ministerio, naturaleza reiterada en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993. Estas normas son las vigentes para los hechos que aquí se analizan, razón por la cual habrá que estarse a esa naturaleza jurídica, sin perder de vista que mediante Decreto 1750 de 2003 se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon en su lugar unas empresas sociales del Estado.

³ En la demanda la cuantía se estimó en la suma de \$323.429.074 (fl. 17, c. ppal, por concepto de honorarios, mayor cantidad de obra y permanencia, equilibrio, utilidad y lucro cesante), lo que pone en evidencia la vocación de doble instancia del presente asunto.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp.24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 17008. Reiterada por la Subsección B en sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 25.563, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, exp.25892, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁷ Cita original: El artículo 275 de la Ley 100 de 1993, estableció: "El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 [encargos fiduciarios y fiducia pública] de la Ley 80 de 1993. (...) PARÁGRAFO 1o. Respecto de los servicios de salud que presta, actuará como una Entidad Promotora y Prestadora de Servicios de Salud con jurisdicción nacional. El Consejo Directivo del Instituto determinará las tarifas que el instituto aplicará en la venta de servicios de salud"; esto es, en calidad de entidad promotora de salud en los términos del artículo 177 ibídem, como responsable de la afiliación, el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, y con la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley; y en calidad de entidad prestadora de salud en los términos del artículo 185 ejusdem atender a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley. Esta modalidad de sujeto público dentro de Sistema de Seguridad Social en Salud la compartió con otras cajas que aún subsisten, como por ejemplo, CAPRECOM -Ley 314 de 1996-.

⁸ Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de diciembre del 2012, expediente 19.425, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 21610, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

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

¹¹ Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2013, expediente 23438, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹² Dicha norma prescribe: "DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley".

¹³ Sobre el particular, en cuanto a las Empresas Prestadoras de Salud, la Corte Constitucional ha insistido en esta idea alrededor del "objetivo específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y una normatividad también especial". En: Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1 de abril de 2004. En sentido similar, sentencia C-665 del 8 de junio de 2000.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del diciembre 6 de 2010, exp. 38.344, M.P. Enrique Gil Botero. Reiterada por la Subsección A en sentencia del 14 de agosto de 2013, exp.45191, M.P. Hernán Andrade Rincón y por esta Subsección en las sentencias del 26 de junio de 2014, exp. 27.390, del 28 de mayo de 2015, exp. 28.038 y del 30 de julio de 2015, exp. 29.429 del M.P. Ramiro Pazos Guerrero, entre otras.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 25.681, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, exp.37.932, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2000, exp. 11.895, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Posición reiterada por la Subsección, mediante auto de Sala del 29 de agosto de 2013, exp. 42.916, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸ Cita original: Expediente 6306, actora: Sociedad Olivetti Colombiana S.A.

¹⁹ Cita original: Sentencia del 6 de abril de 2000, expediente 12.775, actor: Jaime Bateman Durán.

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 06:52:46