

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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 760012333000-2013-00034-01 (60138)
Demandante: Edwar Andreiv Polanco Beltrán (Compu-Wan)
Demandado: Hospital Isaías Duarte Cancino y otros
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Se pide declarar que la entidad pública contratante incumplió los contratos celebrados para la prestación del servicio de imagenología en el Hospital Isaías Duarte Cancino de Santiago de Cali; indica que la contratante no pagó la mayoría de los servicios efectivamente prestados y terminó sin causa los negocios jurídicos celebrados.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la sentencia ya indicada, proferida el 28 de junio de 2017, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. El 16 de enero de 2013¹, el Señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, propietario del establecimiento de comercio denominado Compu-Wan, interpuso demanda bajo la acción de controversias contractuales en contra del Hospital Isaías Duarte Cancino- ESE y el Departamento del Valle del Cauca - Secretaría Departamental de Salud (el Departamento), con el fin de que se declare el incumplimiento de los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012.

3. Producto de la declaratoria de incumplimiento, la parte actora solicitó condenar a las demandadas al pago de (i) el valor indexado de los servicios prestados no pagados por la entidad contratante, junto con el reconocimiento de intereses de mora y, (ii) los perjuicios causados por concepto de lucro cesante y daño moral².

¹ Cuaderno No. 1, folio 307.

² Textualmente, la parte actora solicitó lo siguiente (se transcribe textualmente, inclusive con posibles errores): "PRIMERA: Que se declare el INCUMPLIMIENTO por falta de PAGO, por parte del contratante, el HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO de los contratos: No. 1.7.6.002-2011 de CONCESIÓN DE SERVICIOS DE USO PÚBLICO EN SALUD SERVICIO DE IMAGINOLOGÍA; No. 1.7.1.0027-2011 de PRESTACIÓN DE SERVICIOS

4. El fundamento fáctico de la demanda es, en síntesis, el siguiente³:

(i) La parte actora suscribió con el Hospital Isaías Duarte Cancino el contrato No. 1.7.6.002-2011 de concesión del servicio de salud de imagenología, el cual tuvo por objeto conceder al contratista, por el término de cinco (5) años, “*la exclusividad para la explotación de un servicio público de salud, respecto a todo lo relacionado con la atención médica en el área de toma e interpretación de los estudios de imaginología (sic), los cuales comprenden servicios de radiología, servicios de radiología con equipo portátil, servicios de ecografía, servicio de mamografía, servicio de digitalización de imágenes, distribución de las imágenes dentro del hospital Isaías Duarte Cancino*”. En el citado negocio jurídico se pactó, entre otros, que:

- a) La demandante debía suministrar en el espacio asignado dentro del Hospital, espacio por el cual pagaría un canon de arrendamiento a este último, equipos de radiología computarizada, ecografía, rayos x, rayos x portátil y un mamógrafo. Adicionalmente, la parte actora debía suministrar a su cargo el personal necesario para la operación de los equipos y cubrir la prestación del servicio durante las veinticuatro (24) horas del día, los treinta (30) días de cada mes.
- b) El recaudo y facturación por los servicios prestados estaría a cargo del Hospital, cuyo valor sería distribuido en un porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%) para el Hospital, y el restante ochenta por ciento (80%) para la parte actora; sin perjuicio de lo anterior, se estableció que la distribución del recaudo estaría sujeta a la disponibilidad presupuestal que el Hospital debía generar “*mediante un contrato de prestación de servicios, suministro u orden de servicios adicional...*”

(ii) Posteriormente, las partes suscribieron el contrato No. 1.7.1.0027-2011 de prestación de servicios de imagenología, por un valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000) y con una duración de dos (2) meses, esto es, desde el 1

DE IMAGINOLOGÍA y el contrato No. 1.7.1.002-2012 de PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE IMAGINOLOGÍA, suscritos por EDWAR ANDREIV POLANCO BELTRÁN en calidad de presentante legal de COMPU-WAN NIT. 10.300.522-7 como contratista. SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración del INCUMPLIMIENTO por parte del contratante el HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO de los contratos (...) se declare la TERMINACIÓN de los referidos contratos. TERCERA: Se ordene al HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO solidariamente con el DEPARTAMENTO del VALLE DEL CAUCA - la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL del VALLE DEL CAUCA la cancelación a favor de la empresa COMPU WAN representada legalmente por el ING. EDWAR ANDREIV POLANCO, el saldo de los dineros adeudados en la cuantía de CUATROCIENTOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL PESOS MCTE (\$400.620.000) por concepto de los servicios prestados desde el 01 de julio de 2011 al 31 de julio de 2012 (...) contenidos en las FACTURAS No. FV0002-0003-0008-0009-0010-0011-0014, 0017,0019, FV0030 - FV0031- FV0032 - FV0033 - FV0034. CUARTA. Se condene y ordene a los demandados la INDEXACIÓN de los dineros adeudados en la suma de CUATROCIENTOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL PESOS MCTE (\$400.620.000), desde la fecha que debió realizarse el pago hasta la fecha de la cancelación. QUINTA. Se condene a los demandados al pago de los intereses moratorios sobre la anterior suma de capital actualizada, a la tasa del 12% anual, que corresponde al doble del interés legal civil (...) SEXTA: Condenase al HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO solidariamente con el DEPARTAMENTO del VALLE DEL CAUCA la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL del VALLE DEL CAUCA a cancelar el valor de los perjuicios de orden material lucro cesante y perjuicios morales que le fueron ocasionados, los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS MCTE (\$ 1.772.695.560), o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.”

³ Cuaderno No. 1, folios 18 a 32.

de julio de 2011, hasta el 31 de agosto del mismo año. Mediante modificación No. 1, el plazo del contrato fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2011.

(iii) Además, las partes suscribieron el contrato No. 1.7.1.002-2012 de prestación

de servicios de imagenología por valor de ochenta millones de pesos (\$80.000.000), con una duración de dos (2) meses, contados desde el 1 de enero de 2012 al 29 de febrero de ese año.

(iv) Indica el demandante que también prestó los servicios de imagenología entre el 1 de marzo y el 31 de julio de 2012. Este periodo no estuvo respaldado bajo contrato escrito, pues el director de turno del Hospital se negó a suscribir el contrato de prestación de servicios correspondiente.

(v) Los servicios prestados por el contratista totalizan la suma cuatrocientos sesenta millones seiscientos veinte mil pesos (\$460.620.000), valores contenidos en las facturas Nos. FV0002, FV0003, FV0008, FV0009, FV0010, FV0011, FV0014, FV0017, FV0019, FV0030, FV0031, FV0032, FV0033 y FV0034, de las cuales el Hospital contratante solo pagó la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000).

(vi) Los días 24 y 25 de septiembre de 2012, el Subgerente Administrativo y Financiero del Hospital solicitó retirar los equipos de radiología y desocupar el espacio donde se encontraban para instalar unos propios. El 26 de septiembre se intentó retirar los equipos de forma violenta por parte del Hospital lo que obligó al demandante a pedir protección ante la Inspección de Policía Municipal; el día 27 del mismo mes y año, se retiraron los equipos para evitar su daño o pérdida.

(vii) La parte actora ha tenido que responder por los créditos otorgados para la compra de equipos de radiología, por los salarios de los técnicos, radiólogos, enfermeras y otros, además de lo cual, dejó de percibir las sumas proyectadas por los meses que faltaban para la ejecución total del contrato, las cuales estimó en la suma de mil trescientos cuarenta y ocho millones doscientos sesenta y seis mil novecientos sesenta pesos (\$1.348.266.960).

(viii) La parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial, conocida por la Procuraduría Judicial No. 60 de asuntos administrativos. La audiencia se celebró el 11 de julio de 2012, a la cual asistió el Departamento del Valle del Cauca y fue declarada fallida. El Hospital no asistió a la audiencia de conciliación ni justificó su inasistencia.

La admisión de la demanda y la defensa

5. Admitida la demanda⁴ y notificado el auto admisorio⁵, el Ministerio Público y el Hospital Isaías Duarte Cancino guardaron silencio⁶. Por su parte, el Departamento del Valle del Cauca contestó la demanda⁷ y formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que el Departamento es ajeno a la relación contractual que suscitó la controversia y que no es garante de los contratos celebrados por el Hospital, cuya naturaleza es la de una Empresa Social

⁴ Auto del 15 de febrero de 2013. Cuaderno No. 1, folios 309 y 310.

⁵ Cuaderno No. 1, folio 329.

⁶ Constancia Secretarial. Cuaderno No. 1, folio 350.

⁷ Cuaderno No. 1, folios 345 a 349.

del Estado, entidad pública descentralizada con personería jurídica propia, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera.

Los alegatos de conclusión

6. Surtido el debate probatorio⁸, el Tribunal *a quo* ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁹. El Ministerio Público guardó silencio¹⁰, mientras que la parte demandante¹¹ y el Departamento del Valle del Cauca¹² reiteraron los argumentos desarrollados en la demanda y la contestación respectivamente; la primera resaltando que las pruebas

documentales y testimoniales acreditaron el incumplimiento de los contratos y los perjuicios causados, el segundo, insistiendo en la falta de legitimación en la causa por pasiva.

7. El Hospital Isaías Duarte Cancino¹³ alegó de conclusión indicando que: (i) en tanto el negocio jurídico que origina la controversia fue un contrato de concesión, debió cumplir los presupuestos de la Ley 80 de 1993, y al no haberlo hecho, está viciado de nulidad absoluta; y (ii) el contratista debía allegar una certificación del supervisor del contrato para acreditar los servicios prestados, no siendo en consecuencia suficiente la sola presentación de las facturas para el cobro.

La sentencia de primera instancia y su motivación

8. A través de sentencia del 28 de junio de 2017¹⁴, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca: (i) declaró la nulidad absoluta de los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012; (ii) negó las pretensiones de la demanda; y, (iii) condenó en costas a la parte actora.

9. Como fundamento de su decisión, el Tribunal *a quo* expuso, lo siguiente:

(i) Si bien las Empresas Sociales del Estado no están obligadas a aplicar el régimen de contratación previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo lo que atañe a las cláusulas exorbitantes, al tratarse

⁸ Se tuvieron como pruebas los documentos acompañados con la demanda obrantes a folios 8 a 283 del cuaderno No. 1. Adicionalmente, se ordenó oficiar al Hospital Isaías Duarte Cancino para que remitiera con destino al proceso copia Auténtica del Acta del Comité de Gerencia del Hospital del 26 de mayo de 2011 (donde se decidió el otorgamiento del contrato de concesión a la parte actora), copia auténtica del Acta del Comité de Contratación del 03 de mayo de 2011 y copia de las actas de liquidación o terminación (o actos administrativos), de los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012. Practicada esta prueba y como se indicará más adelante, el Hospital informó que no reposaba en sus archivos ninguno de estos documentos. Igualmente, el Tribunal ordenó oficiar a la Inspección de Policía Municipal El Vallado, para que allegara todas las actuaciones y medidas de protección que realizó el Inspector de Policía Juan Carlos Valencia Soto los días 27 y 28 de septiembre de 2012 por petición del señor Edwar Andreiv Polanco. Como consecuencia de la práctica de esta prueba, la Inspección de Policía allegó copia del expediente correspondiente, donde constan tanto la solicitud del demandante como las actuaciones desplegadas por la Inspección, incluyendo el registro fotográfico de la diligencia realizada en el Hospital con ocasión de la solicitud de protección. Finalmente, se decretaron los testimonios de los señores Luís Antonio Arboleda, Vivian Yineth Ojeda, Harold Augusto Martínez, Harold Eduardo Batero y Eider Saúl Polanco Trochez. De aquellos decretados, se practicaron los testimonios de Vivian Yineth Ojeda, Eider Saúl Polanco Trochez y Luís Antonio Arboleda; los señores Harold Augusto Martínez y Harold Eduardo Batero fueron citados, pero no comparecieron ni justificaron su inasistencia. Las entidades demandadas no solicitaron ni allegaron pruebas.

⁹ Cuaderno No. 2, folios 481 y 482.

¹⁰ Constancia Secretarial. Cuaderno No. 2, folio 503.

¹¹ Cuaderno No. 2, folios 493 y 501.

¹² Cuaderno No. 2, folios 483 y 484.

¹³ Cuaderno No. 2, folios 485 y 492.

¹⁴ Cuaderno principal, folios 504 a 531.

de un contrato de concesión, se debían aplicar las normas de derecho público, especialmente en lo referente a la garantía de la selección objetiva del contratista a través de la licitación pública.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, determinó que los contratos objeto del proceso se encuentran viciados de nulidad absoluta, *“en cuanto los mismos se dieron sin haberse surtido un proceso ajustado a la norma aplicable, como lo es la Ley 80 de 1993”*, toda vez que *“no se aprecia que efectivamente (...) se hubieren surtido conforme a los lineamientos de la selección objetiva, esto es a través de la licitación pública”*.

(iii) Concluyó que, si bien la nulidad de los contratos da lugar al pago de las prestaciones ejecutadas por el contratista hasta el momento de su declaratoria, en la medida que esté demostrado en el proceso que efectivamente existió un beneficio para la entidad contratante, en el caso concreto no se probó que los servicios se hubieren prestado considerando, que: a) Las facturas por los servicios prestados debían contar con el visto bueno del supervisor del contrato, el cual no fue allegado

al proceso por la parte interesada y, *b*) muchos de los servicios facturados se encuentran por fuera del monto contractual y del límite temporal de los contratos aportados, razón por la que la parte actora solicitaba la expedición de contratos para legalizar hechos cumplidos.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

10. La parte actora¹⁵ presentó recurso de apelación que fundamentó en dos motivos de inconformidad: (i) la improcedencia de la declaratoria de nulidad atendiendo al régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado y, (ii) la negativa de restituciones mutuas pese a estar acreditada la prestación de los servicios por parte de la demandante. Respecto de cada uno de ellos, afirmó lo siguiente:

(i) Los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado -como el Hospital demandado- se rigen por las normas del derecho privado, razón por la cual, la entidad demandada no estaba obligada a celebrar los negocios jurídicos objeto de la controversia a través de licitación pública.

(ii) En el plenario quedó acreditado que la demandante prestó los servicios contratados y que éstos no fueron pagados por la entidad demandante a pesar de haberse beneficiado de ellos, de manera que sí era procedente el reconocimiento y pago de estas prestaciones ejecutadas con ocasión de la nulidad declarada. Resaltó que no es cierto que, como manifestó el Tribunal *a quo*, el Hospital demandado hubiese discutido la prestación efectiva de los servicios durante todo el transcurso del proyecto, pues ni siquiera contestó la demanda, circunstancia que, junto al hecho de no haber asistido a la audiencia de conciliación prejudicial ni haber justificado su inasistencia, demuestran su desidia, desinterés e indiferencia en este asunto.

11. Mediante auto del 23 de agosto de 2017¹⁶, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió el recurso interpuesto ante esta Corporación.

¹⁵ Cuaderno principal, folio 542 a 560.

¹⁶ Cuaderno principal, folio 563.

Trámite en segunda instancia

12. En auto del 7 de noviembre de 2017¹⁷, se admitió el mencionado recurso de apelación y mediante proveído del 22 de enero de 2018¹⁸ corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran alegatos de conclusión, al tiempo que ordenó el traslado especial al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto.

13. La parte actora se limitó a replicar la postura sustentada en el libelo inicial y en el recurso de apelación¹⁹, mientras que el Departamento del Valle del Cauca insistió en no estar legitimado por pasiva²⁰. El Hospital Isaías Duarte Cancino y el Ministerio Público guardaron silencio²¹.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación y problema jurídico

14. El problema jurídico consiste en definir si los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 son contratos de concesión que debieron estar precedidos en su celebración del trámite de licitación pública para la selección del contratista; a partir de esta definición, se seguirán las subsecuentes determinaciones y análisis tanto en función de lo solicitado en el recurso como lo

pedido en la demanda.

15. Previo al estudio antes indicado, la Sala verificará la legitimación en la causa de las partes toda vez que tal aspecto no fue objeto de definición, en particular, de cara al Departamento demandado, quien oportunamente alegó no estar llamado a responder bajo las pretensiones de la demanda. De igual manera, en la medida que en la audiencia inicial el Tribunal dispuso que de conformidad con el poder otorgado y el contrato celebrado, la parte demandante es el establecimiento de comercio Compu-Wan, la Sala hará algunas precisiones en relación con la identificación del extremo activo a partir de la capacidad para ser parte en un proceso judicial.

La legitimación en la causa de las partes procesales y precisión sobre la identificación del extremo demandante

16. La legitimación en la causa refiere a la aptitud para ser parte en un proceso judicial concreto y, por tanto, a la posición que tienen los sujetos procesales frente a la situación fáctica y jurídica alegada en el mismo, de manera que estará legitimado en la causa, quien tenga la posibilidad de intervenir en el proceso para formular pretensiones o controvertirlas.

17. En este sentido, esta Corporación ha dicho que quien formula las peticiones en el proceso y quien debe rebatirlas deben tener un interés legítimo en la declaración que se pretende, por lo que solo corresponderá hacer solicitudes contra ciertas personas, en la medida que cuentan con un interés legítimo frente al derecho

¹⁷ Cuaderno principal, folio 567.

¹⁸ Cuaderno principal, folio 571.

¹⁹ Cuaderno principal, folios 578 a 623.

²⁰ Cuaderno principal, folios 574 a 576.

²¹ Constancia secretarial, cuaderno principal, folio 408.

discutido en la controversia²². En ese orden, la legitimación en la causa está relacionada con el objeto mismo de la litis, pues se trata de un elemento sustancial vinculado con la pretensión, siendo un presupuesto fundamental a definir para la emisión de la respectiva sentencia.

18. La legitimación que ostentan las partes para formular (activa) o contradecir (pasiva) las pretensiones de una demanda, surge en virtud de una relación jurídica sustancial derivada de la participación (por acción u omisión) en una circunstancia fáctica o en una situación jurídica que puede ser de índole contractual, legal o reglamentaria.

19. En ese orden, por cuanto la exigencia de legitimación en la causa por pasiva alude a la aptitud que debe reunir la persona contra quien se dirige la demanda, esta Subsección ha indicado que la entidad contra la cual se dirigen las pretensiones debe estar vinculada funcional o materialmente con los hechos que dan origen a la reclamación, lo cual debe examinarse desde la óptica de las responsabilidades que le corresponden y el objeto del medio de control que se ejerce²³.

20. En lo que refiere al caso concreto, atendiendo al principio de relatividad de los contratos, se deduce que la legitimación en la causa le asiste a los sujetos sobre los cuales recayeron los derechos y obligaciones pactados en el contrato que suscitó la controversia, pues como explica este principio, los contratos solo producen efectos entre las partes que lo celebraron, y, por ende, únicamente a ellas perjudican y aprovechan sus efectos. En el mismo sentido, esto significa que el contrato no daña ni beneficia a los que no han figurado en él como parte, proposición que los romanos denominaron como *“res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt”*²⁴.

21. Como ha sido explicado por esta Corporación, la legitimación en la causa en las controversias contractuales, la tienen, en principio, las partes que integran la relación jurídico contractual –partes del negocio jurídico-.

22. A partir de lo expuesto, la Sala observa lo siguiente:

(i) En relación con la legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Valle del Cauca y el Hospital Isaías Duarte Cancino

Atendiendo a las pretensiones de la demanda y los hechos que las sustentan, no resulta jurídicamente procedente predicar una relación entre la responsabilidad contractual vinculada a los hechos que fundan el presente proceso con el Departamento del Valle del Cauca, toda vez que éste no fue parte en los negocios jurídicos que dieron origen a la controversia, ni adquirió obligación alguna frente al contratista en relación con su celebración o ejecución; además, a esa entidad no se le imputan bajo la demanda los hechos que determinaron el incumplimiento del contrato y los perjuicios alegados por la parte actora.

²² Sentencia Consejo de de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 29 de julio de 2022, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 250002336000201700600 01 (68115).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 27 de agosto de 2021, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 67.194.

²⁴ Las convenciones entre las partes no engendran para los terceros derechos ni obligaciones.

En este sentido, la demandante funda la acción en que la contratante bajo los negocios jurídicos que motivan la acción, esto es, el Hospital Isaías Duarte Cancino, Empresa Social del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera²⁵, incumplió con sus obligaciones contractuales pues se negó a pagar los servicios efectivamente prestados y terminó anticipadamente el contrato, de donde derivan los perjuicios reclamados, lo que permite establecer la inexistencia de relación alguna entre el Departamento y el vínculo jurídico contractual a partir del cual, exclusivamente, la parte actora funda sus pretensiones.

En consecuencia, la Sala declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento del Valle del Cauca como tercero ajeno a los negocios jurídicos que suscitaron la controversia que se estudia, toda vez que, en el caso concreto, no se observan ni se argumentaron por la parte actora motivos para descartar la aplicación de la regla, según la cual, las convenciones entre las partes no engendran para los terceros derechos ni obligaciones.

Por el contrario, bajo el mismo análisis efectuado, no hay duda de que el Hospital Isaías Duarte Cancino está legitimado en la causa por pasiva en el presente asunto, puesto que es la entidad pública contratante en los negocios jurídicos que originaron la controversia, y, por tanto, es a quien se le imputa fáctica y jurídicamente el incumplimiento de las prestaciones que asumió, así como los consecuentes perjuicios que se reclaman.

(ii) En relación con la capacidad para ser parte de la demandante y su identificación

La demanda fue inicialmente admitida en el Tribunal *a quo* en nombre de la sociedad comercial Compu-Wan IT S.A.S., identificada con NIT. 900.458.954-2, persona jurídica que no correspondía al verdadero demandante y parte en los contratos que originaron la controversia²⁶, y si bien tal circunstancia fue advertida por la apoderada de la parte actora solicitando que ello fuere aclarado²⁷, la Magistrada sustanciadora en primera instancia negó tal solicitud al considerarla improcedente en la medida que era una sustitución total de una de las partes²⁸. No obstante, en audiencia inicial

celebrada el 28 de enero de 2014²⁹, el nuevo Magistrado sustanciador determinó que, atendiendo al poder otorgado y al contrato celebrado, la parte demandante corresponde realmente al establecimiento de comercio denominado Compu-Wan, identificado con NIT. 10.300.522-7, decisión notificada en audiencia y respecto de la cual, tanto la parte actora como el Hospital y el Departamento del Valle del Cauca, estuvieron de acuerdo³⁰.

Sobre el particular y con el fin de precisar para todos los efectos el reconocimiento del demandante y contratista en el presente asunto en garantía de los derechos que

²⁵ Ley 100 de 1993. Artículo 194. “La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará 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”.

²⁶ Cuaderno No. 1, folios 309 y 310.

²⁷ Cuaderno No. 1, folio 319.

²⁸ Cuaderno No. 1, folios 322 a 327.

²⁹ Cuaderno No. 1, folios 374 a 378.

³⁰ Cuaderno No. 1, folio 377.

le asisten tanto a éste como a la entidad contratante, la Sala considera necesario precisar, que:

- a) La capacidad jurídica consiste en la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que la capacidad procesal refiere a la facultad para comparecer ante las autoridades judiciales y ejecutar, por sí o mediante apoderado, los actos propios del derecho de postulación.
- b) Conforme a lo establecido por el artículo 1503 del Código Civil, la capacidad es predicable de las personas y dicho atributo se presume³¹, y de acuerdo con sus artículos 73, 74 y 633³², las personas son naturales o jurídicas; las primeras corresponden a cualquier individuo de la especie humana, mientras que las segundas son entes ficticios capaces, por definición, de ejercer derechos y contraer obligaciones, así como de ser representadas judicial y extrajudicialmente.
- c) De esta forma, la capacidad está asignada en principio a las personas, lo que no obsta para que la ley, misma de la que deriva dicho atributo, pueda dotar de capacidad a otros entes para determinados efectos, como sucede por ejemplo con los consorcios y uniones temporales, figuras que, si bien carecen de personalidad jurídica, están facultadas para contratar por expreso mandato legal³³.
- d) Por otra parte, conforme a su definición legal contenida en el artículo 515 del Código de Comercio, el establecimiento de comercio corresponde a “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”, esto es, corresponden a un bien mercantil, integrado por nombres comerciales, marcas, mercancías, mobiliario, instalaciones y derechos sobre las invenciones, créditos y contratos de arrendamiento sobre locales destinados a su funcionamiento³⁴.
- e) Por tanto y al tratarse de una universalidad de bienes, los establecimientos de comercio pueden ser materia de enajenación, arrendamiento, usufructo, anticresis y cualquier otra operación que transfiera, limite o modifique su propiedad³⁵; sin embargo, no son equiparables a las personas, ni la ley les asignó capacidad jurídica al tiempo que no previó la posibilidad de que puedan ser representados, por lo que, la firma de un contrato por parte de un comerciante, en presunto nombre y representación del establecimiento de su propiedad, carece de cualquier fundamento jurídico.

f) En idéntico sentido, por cuanto el establecimiento de comercio no es persona jurídica, ni tampoco se encuentra entre los entes a los que la ley,

³¹ Artículo 1503 *“Presunción de capacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”*.

³² Artículo 73. *“Las personas son naturales o jurídicas”*. Artículo 74. *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”*. Artículo 633. *“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*.

³³ Ley 80 de 1993. Artículo 6 *“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”*.

³⁴ Código de Comercio, artículo 516.

³⁵ *Ibidem*, artículo 533.

no teniendo personalidad, autoriza para ser parte en un proceso judicial, es claro que no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer al proceso judicial.

De esta forma, aun cuando el texto de los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 se expresó que el contratista era el establecimiento de comercio denominado Compu-Wan, representado por Edwar Andreiv Polanco Beltrán, siendo jurídicamente improcedente -así como materialmente imposible- que un establecimiento comercial, entendido como un conjunto de bienes, sea representado, ejecute las obligaciones de un contrato y ejerza los derechos derivados de éste, para la Sala es claro que quien concurrió al negocio jurídico fue el señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, comerciante propietario del establecimiento de comercio, quien asumió la posición contractual erróneamente endilgada a este último en el texto de los contratos indicados.

Como lo evidencian las pruebas obrantes en el proceso, la realidad es que los contratos se tuvieron estructurados e iniciaron su ejecución mediante actuaciones desplegadas por el propietario del establecimiento, quien suscribió los negocios jurídicos así como los contratos de arrendamiento financiero para el suministro de los equipos necesarios para la prestación de los servicios contratados³⁶, suscribió la totalidad de oficios remitidos a la entidad contratante, solicitó el amparo policivo aducido en los hechos y, fue a él y no a otra persona, a quien la entidad contratante solicitó retirar los equipos dispuestos para la prestación de los servicios de radiología en septiembre de 2014³⁷.

Igualmente, el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali allegado al proceso para acreditar la existencia del establecimiento de comercio, identifica a Edwar Andreiv Polanco Beltrán como el comerciante que, bajo el NIT. 10.300.522-7, se dedica al desarrollo de las actividades enunciadas bajo el mismo, quien, por lo mismo, es quien facturaba y a quien se pagaban los servicios prestados, aun cuando, equivocadamente y como se ha explicado, se le mencionara como representante de una persona inexistente.

Por tanto, la interpretación que cabe dar a los contratos objeto de controversia de conformidad con las realidades propias de su celebración y ejecución, otorgando un efecto útil a lo estipulado conforme las previsiones del artículo 1620 del Código Civil³⁸, es que éstos fueron celebrados entre el Hospital Isaías Duarte Cancino y el señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, quien obraba en nombre propio, como persona natural comerciante, y quien utilizaría para la ejecución de los negocios jurídicos los bienes constitutivos de su establecimiento comercial.

Ahora, con base en el erróneo entendimiento de que la parte en el contrato era el establecimiento comercial, y por cuanto el señor Polanco Beltrán confirió poder para su representación judicial en calidad de representante legal del establecimiento, el *a quo* concluyó, también equivocadamente, que la parte demandante era el establecimiento comercial, pues como se explicó, esa universalidad de bienes no

posee personalidad jurídica ni está habilitada por mandato legal para concurrir al proceso judicial, de manera que no tiene capacidad para ser parte.

³⁶ Cuaderno No. 1, folios 235 a 247.

³⁷ Cuaderno principal, folio 193.

³⁸ “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

En consecuencia, la Sala interpreta y aclara previo a decidir el presente asunto, que cuando el señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán otorgó poder para que se representara al establecimiento de su propiedad, realmente lo confirió para obtener la representación de sus intereses en el proceso como parte contratista de los negocios jurídicos, pues de entenderse lo contrario, como se ha explicado recientemente por la Sección Tercera de esta Corporación, el señor Polanco Beltrán quedaría “desprovisto para hacer valer sus derechos derivados del contrato y el ente territorial tampoco tendría un contradictor válido respecto de sus intereses en el negocio jurídico”³⁹.

Por tanto, se tendrá para todos los efectos del presente proceso al señor el señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán como parte contratista de los negocios jurídicos que suscitan la controversia, y, por ende, como parte demandante con capacidad para comparecer al juicio y legitimada en la causa del presente asunto para solicitar la declaratoria de incumplimiento y la consecuente indemnización de perjuicios.

El régimen y naturaleza jurídica de los contratos objeto de controversia

23. La Ley 100 de 1993 establece en su artículo 194 que 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 (ESE’s), entidades 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 departamentales o concejos municipales, según el caso.

24. De esta forma y en lo que refiere a su naturaleza, las ESE’s, como Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS) públicas, constituyen una nueva categoría de entidad estatal concebida con un objeto específico señalado por el legislador (la prestación del servicio de salud) y con unos propósitos constitucionales determinados (como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud) que justifican la existencia de una normatividad especial para su tratamiento⁴⁰.

25. Respecto de su régimen jurídico, el artículo 195 de la misma normatividad establece que el objeto de las ESE’s debe ser la prestación de los servicios de salud como servicio público a cargo del Estado y como parte del servicio público de seguridad social, mientras que, en materia contractual, se regirán por el derecho privado sin perjuicio de que puedan discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

26. El Decreto 1876 de 1994 reglamentario de los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, reitera en su artículo 16 que, a partir de la fecha de su creación, a tales empresas se aplicarán en materia de contratación las normas del derecho privado, sin perjuicio de que puedan discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2021. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 50001-23-31-000-1999-10249-01 (45397).

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

27. A su turno, la Ley 344 de 1996 establece en su artículo 83 que las ESE's creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

28. Por su parte, la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, introdujo varias normas dirigidas a mejorar la gestión y viabilidad de las ESE's, incluyendo en su artículo 59 la facultad expresa para que éstas desarrollen sus funciones mediante contratación con terceros, con ESE's de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, en la medida que el legislador consideró que *“uno de los mecanismos que facilita el logro de mejores condiciones de eficiencia y sostenibilidad en las Empresas Sociales del Estado es la operación con terceros, lo que permite flexibilizar su capacidad de prestación de servicios, para adecuarse al tipo y volumen de servicios requeridos por la demanda en función de variables de tipo epidemiológico, administrativo y contractual...”*⁴¹

29. Al revisar la exequibilidad de la norma antes indicada, la Corte Constitucional determinó que la autorización o facultad a las ESE's para que puedan contratar con terceros, con ESE's de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores, tiene como límite la prohibición constitucional de contratar las funciones propias o permanentes de las entidades estatales a través de la figura de contratos de prestación de servicios; por tal razón declaró su exequibilidad condicionada, en el entendido que esta contratación *“solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados”*⁴².

30. Además, el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 dispuso que, con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación, tales entidades podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, para lo cual, podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistemas de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo, que puedan cubrir las necesidades de la empresa.

31. En suma, y conforme al contexto normativo indicado, es claro que la ESE's, para poder cumplir con su objeto social, bajo las normas que rigen la contratación entre particulares, pueden acudir a los diversos mecanismos y tipologías de contratación existentes con fundamento en la autonomía de la voluntad, incluyendo la posibilidad de tercerizar o externalizar bienes, obras o servicios para el desarrollo de su especial objeto social y propósito constitucional.

32. Ahora, en la medida que la tipología y alcance de un contrato se define a partir de su contenido, mas no con fundamento en lo que las partes dicen qué es, siendo en consecuencia irrelevante la denominación o *“nomen iuris”* dado en el documento en el que se instrumentaliza, una vez estudiado el contenido de los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012, la Sala observa lo siguiente:

⁴¹ Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 01 de 2010 Senado y sus acumulados, 106 Cámara. (Mayoritaria). Gaceta 913 del 17 de noviembre de 2010.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

(i) Bajo el contrato No. 1.7.6.002-2011, el Hospital Isaías Duarte Cancino explicó que *“no existe presupuesto en la ESE para compra de equipos de imaginología y es indispensable contar con este servicio”*, y que, en *“comité de Gerencia celebrado el 03 de mayo del año 2011, se determinó que, dadas las nuevas políticas de la institución y los múltiples inconvenientes tenidos con la actual empresa, es necesario cambiar de proveedor de servicios de imaginología”*⁴³. Con fundamento en lo anterior, se suscribió el contrato

indicado bajo las siguientes condiciones principales:

- a) El contratista prestaría la atención médica, a los usuarios del Hospital, en el área de toma e interpretación de los estudios de imagenología, los cuales comprenden, servicios de radiología, servicios de radiología con equipo portátil, servicios de ecografías, servicio de mamografía, servicios de toma de estudios con intensificador de imágenes en el área de cirugía del hospital, servicios de digitalización de las imágenes provenientes de los equipos de radiología y radiología portátil, distribución de las imágenes dentro del Hospital a través del sistema de almacenamiento de imágenes y reportes radiológicos del régimen contributivo, subsidiado y población pobre no asegurada⁴⁴. Los servicios se prestarían por su cuenta y riesgo del contratista, bajo la vigilancia de la Entidad contratante.
- b) El contratista asumiría todos los gastos relacionados con el servicio, incluyendo el personal necesario, suministraría los equipos y atendería en el horario exigido por la demanda de usuarios con oportunidad, eficiencia y eficacia⁴⁵. El servicio sería prestado en las instalaciones del Hospital, en el espacio físico asignado por éste, y por el cual el contratista pagaría un canon de arrendamiento⁴⁶.
- c) Los principales equipos que debía suministrar el contratista consistían en: equipo de radiología computarizada; equipo de rayos x con sus componentes; equipo de ecografía Doppler; equipo de rayos x portátil; y un intensificador de imágenes (arco en C).
- d) La facturación y recaudo por los servicios prestados estaría a cargo del Hospital; posteriormente, el recaudo se distribuirá en un porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de los estudios facturados y recaudados para el Hospital, y el restante ochenta por ciento (80%) para el contratista, de conformidad a la tarifa que el Hospital *“haya pactado en los diferentes contratos que este celebre o haya celebrado durante el mismo periodo (...) y/o las condiciones que hayan pactado entre las partes, la cual no podrá ser inferior a la tarifa SOAT menos el (25%)”*⁴⁷.
- e) Respecto la distribución del recaudo se pactó que⁴⁸: (1) esta se haría con cargo a la disponibilidad presupuestal que el Hospital debía *“generar en los términos que acuerden las partes, mediante un contrato de prestación de servicios, suministro u orden de servicios adicional”*; y (2) el Hospital pagaría al contratista el valor de la tarifa establecida en el anexo presentado por éste, de

⁴³ Consideraciones Nos. 13 y 14.

⁴⁴ Cláusula primera, *OBJETO*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cláusula segunda, *OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO*.

⁴⁷ Cláusula tercera, *DISTRIBUCIÓN DEL RECAUDO*

⁴⁸ Cláusula cuarta, *FORMA Y TRAMITE DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RECAUDO*

conformidad con el número de estudios realizados durante el mes, para lo cual debía presentar debidamente diligenciada la factura con la certificación del responsable de la Unidad de negocio de Apoyo Diagnóstico y terapéutico de estar de acuerdo con los datos presentados en aquélla.

(ii) Por su parte, los contratos Nos. 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012, fueron celebrados con fundamento en la cláusula cuarta del contrato No. 1.7.6.002-2011, conforme a la cual, como se indicó previamente, el Hospital debía generar la correspondiente apropiación presupuestal *“mediante un contrato de prestación de servicios, suministro u orden de servicios adicional”*. Estos contratos, sumados, determinaron un presupuesto de ciento cuarenta millones de pesos (\$140.000.000) por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 28 de febrero de 2012.

33. En vista del alcance y naturaleza de las prestaciones pactadas antes anotadas, la Sala observa que los contratos objeto de la controversia:

(i) No tuvieron por objeto conceder la prestación del servicio público de salud a cargo del Hospital, como IPS, a favor del contratista, considerando, que:

- a) La administración pública realiza su actividad o gestión, o presta los servicios públicos a su cargo, en forma directa o indirecta, en este último caso, a través del contrato de concesión pública, el cual tiene por objeto confiar u otorgar a una persona natural o jurídica beneficiaria (concesionario), la ejecución, operación, explotación, organización, gestión o prestación del servicio público que corresponde a la entidad, caso en el cual, el concesionario no actúa por cuenta de la administración o a nombre de ella, sino por cuenta propia, operando en consecuencia una verdadera delegación por parte de la entidad pública concedente de cierta parte de su actividad.
- b) La Ley ha asignado a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) la función de la prestación del servicio público de la salud en su nivel de complejidad a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud; sobre el particular, el Decreto 1011 de 2006, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aplicable a todos los prestadores, señala como uno de sus componentes el Sistema Único de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud, definido como el conjunto de normas mediante las cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de condiciones básicas de capacidad tecnológica científica y administrativa, y suficiencia patrimonial y financiera, para la seguridad del usuario en la prestación de los servicios, todas ellas de obligatorio cumplimiento.
- c) El Decreto 1011 de 2006 prevé el registro de todos los prestadores en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, registro a partir del cual *“el Prestador de servicios de salud se considera habilitado para ofertar y prestar los servicios declarados”*, habilitación que es otorgada únicamente a quien ha dado cumplimiento a las condiciones de capacidad tecnológica científica y suficiencia patrimonial y financiera según los estándares establecidos por el Ministerio de la Protección Social, y que por ende, es individual e independiente para cada prestador, así como intransferible a cualquier título a otro sujeto o prestador.

La habilitación y certificación legal para la prestación de los servicios de salud fue otorgada al Hospital Isaías Duarte Cancino, por lo que no podía ser delegada o concesionada al señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, quien no ostentaba tal habilitación, y quien, de hecho, no es un prestador de servicios de salud (IPS), sino un comerciante en actividades de apoyo de diagnóstico, procesamiento de datos, telecomunicaciones inalámbricas y equipos de cómputo⁴⁹.

- d) De aceptarse lo contrario, la entidad contratante estaría incurriendo en la prohibición expresa de subcontratación o intermediación establecida por el Decreto 515 de 2004, el cual considera como práctica no autorizada el ofrecer servicios de salud a través de terceros por parte de la entidad habilitada para ello, proscribiendo en consecuencia *“cualquier forma de estipulación, acuerdo o franquicia, en virtud de la cual se ofrezcan a través de terceros, planes de beneficios que impliquen por parte de la entidad habilitada y concedente no asumir directamente la responsabilidad del riesgo en salud y del aseguramiento de la población afiliada”*⁵⁰.

(ii) Atendiendo a las prestaciones pactadas en los acuerdos suscritos por las partes, la intención del Hospital contratante reflejada en las consideraciones consignadas en ellos⁵¹, la materia sobre la cual éstos recayeron⁵² y bajo una interpretación que permita dotarlos de efectos jurídicos⁵³, la Sala encuentra, que:

- a) Aunque las partes lo hubieren denominado como de concesión, el contrato No. 1.7.6.002-2011 corresponde realmente a un negocio jurídico atípico⁵⁴, cuyo objeto fue tercerizar o externalizar el servicio de imagenología, como parte del servicio público de salud a cargo del Hospital, debido a que no contaba con los equipos necesarios para ello, como tampoco con el presupuesto para adquirirlos.
- b) Por su parte, los contratos Nos. 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012, son contratos accesorios al anterior, los cuales tenían por objeto el cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante en materia presupuestal para asegurar el pago del ochenta por ciento (80%) del recaudo efectuado por el Hospital por la prestación de los servicios, valor que le correspondía al contratista como contraprestación.
- c) Se trataba de un contrato de tercerización o externalización de servicios de salud, donde el Hospital prestaba, facturaba y recaudaba el servicio de imagenología, cuya ejecución la realizaba a través de un tercero que, por

⁴⁹ Conforme al certificado de Cámara de Comercio aportado con la demanda, cuaderno No. 1, folio 313

⁵⁰ Artículo 15, numeral 15.3.

⁵¹ Artículo 1618 del Código Civil. “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”.

⁵² Artículo 1618 del Código Civil. “*Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado*”.

⁵³ Artículo 1620 del Código Civil. “*El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*”.

⁵⁴ En este tipo de contratos, el principio de libertad contractual permite pactar las particularidades necesarias para la debida ejecución del contrato, siempre y cuando lo pactado no vaya en contravía de la ley

lo mismo, actuaba en su nombre. Ese tercero adquiriría los equipos, pagaba un canon de arrendamiento por el espacio utilizado y, por razón del servicio prestado en nombre de la ESE, remuneraba su actividad e inversión con una participación en el recaudo.

- d) El contrato así estructurado, no tiene tacha de ilegalidad a la luz de los artículos 195 de la Ley 100 de 1993 y 59 de la Ley 1438 de 2011, en tanto (1) no exigía requisito distinto a los requeridos para la contratación entre particulares⁵⁵, y por cuanto (2) el Hospital demandado podía desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros al no contar con los recursos para hacerlo directamente. Tal negocio jurídico contaba con las características del servicio acordado, coincidentes con lo expresado por la Superintendencia Nacional de Salud en relación con la tercerización⁵⁶, a saber:
 - La prestación de servicios por externalización podrá ser organizada por profesión o especialidad, por tecnologías, por auxiliares, o por procesos o subprocesos correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final.
 - El servicio contratado, aunque es suministrado a los usuarios a través del contratista, era habilitado exclusivamente por el contratante prestador del servicio público de salud, en este caso por el Hospital, no por el tercero contratado por outsourcing, tercerización o externalización.

- Independientemente de que los servicios objeto del contrato de tercerización fueran ejecutados por el contratista, éstos se prestaban a favor de terceros a nombre del prestador de servicios de salud, sin perjuicio de que el contratista actuara con plena autonomía técnica, financiera, científica y administrativa, asumiendo los riesgos en la realización del servicio.

34. De esta forma, en tanto los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 no eran de concesión en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, la Sala revocará la decisión de primera instancia que los declaró absolutamente nulos y procederá al estudio de las pretensiones de la demanda.

Análisis de la pretensión de declaratoria de incumplimiento

35. La parte actora solicita que se declare que el Hospital Isaías Duarte Cancino incumplió los contratos objeto de la presente controversia por cuanto (a) omitió pagar los servicios prestados y (b) terminó anticipadamente el contrato sin justa causa. Sobre el particular, estudiadas las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

⁵⁵ Sin perjuicio del régimen de incompatibilidades e inhabilidades, de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal, cuyo desconocimiento no es discutido en el proceso y resulta ajeno a la apelación.

⁵⁶ Conceptos: 1-2011-025241 (Alcance Circular 066 y 067 de 2010); 1-2011-031439 (Circular Externa 067 de la SNS – Aclaración); 1-2010-087830 (Outsourcing en IPS); 1-2011-013303 (Los prestadores de servicios de salud: naturaleza y funciones); 1-2011-083590 76 (Aplicación circulares 066 y 067 de 2010 al régimen especial o excepcional); 1-2011-04747 (Circular 066 y 067 de 2010); 1-2011-084408 (Regímenes excepcionales en salud).

(i) Una vez suscrito el contrato No. 1.7.6.002-2011, el contratista celebró los siguientes contratos de arrendamiento financiero con Leasing Bancolombia, con el objeto de adquirir los equipos requeridos para practicar los exámenes de imagenología: a) contrato No. 130226 para “UN EQUIPO DE RAYOS X MARCA ECORAY MODELO HF525 Y SUS ACCESORIOS”, por valor de \$51.272.580⁵⁷; b) contrato No. 130227 para “UN SISTEMA DE ULTRASONIDO DE ALTA DEFINICIÓN MARCA PHILIPS Y SUS ACCESORIOS”, por valor de \$60.552.000⁵⁸; y c) contrato No. 131957 para “UN DIGITALIZADOR MARCA KODAK MODELO POC-CR140” por valor de \$40.000.000⁵⁹.

(ii) Conforme apropiación presupuestal de la contratante, las partes suscribieron los contratos accesorios Nos. 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 con un presupuesto de ciento cuarenta millones de pesos (\$140.000.000), para la ejecución del contrato por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 28 de febrero de 2012.

(iii) Con ocasión de la prestación de los servicios, entre el 1 de junio de 2011 y el 31 de julio de 2012, la parte actora presentó al Hospital Isaías Duarte Cancino las siguientes facturas⁶⁰:

No. de factura	Fecha de la factura	Periodo facturado	Concepto	Fecha de radicación	Valor total dela factura
FV 0002	20/09/2011	8 al 31 de agosto de 2011	Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	10/10/2011	\$11.319.600
FV 0003	11/10/2011	1 al 30 de septiembre de2011	Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	11/10/2011	\$18.788.800

FV 0008	06/12/2011	1 al 31 de octubre de 2011	Servicio de rayos X portátil, intensificador e interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	13/12/2011	\$25.167.180
FV 0009	06/12/2011	1 al 31 de octubre de 2011	Toma, digitalización e interpretación de mamografías.	13/12/2011	\$7.192.240
FV 0010	23/12/2011	1 al 30 de noviembre de 2011	Servicio de rayos X portátil e interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	23/12/2011	\$26.554.813
FV 0011	23/12/2011	1 al 30 de noviembre de 2011	Toma, digitalización e interpretación de mamografías.	23/12/2011	\$12.120.080
FV 0014	27/01/2012	1 al 31 de diciembre de 2011	Servicio de rayos X portátil, intensificador, mamografías e interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	27/01/2012	\$61.348.367
<p>⁵⁷ Cuaderno No. 1, folios 236 a 238. ⁵⁸ Cuaderno No. 1, folios 239 a 244. ⁵⁹ Cuaderno No. 1, folios 245 a 248. ⁶⁰ Cuaderno No. 1, folios 28 a 180.</p>					
FV 0017	23/03/2012	1 al 31 de enero de 2012	Servicio de rayos X portátil, intensificador, mamografías, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	23/03/2012	\$64.221.480
FV 0019	23/03/2012	1 al 29 de febrero de 2012	Servicio de rayos X portátil, intensificador, mamografías, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	23/03/2012	\$67.344.000
FV 0030	19/09/2012	1 al 31 de julio de 2012	Servicio de rayos x, rayos x portátil, intensificador, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	19/09/2012	\$15.795.680

FV 0031	19/09/2012	1 al 30 de junio de 2012	Servicio de rayos x, rayos x portátil, intensificador, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	19/09/2012	\$36.711.120
FV 0032	19/09/2012	1 al 31 de mayo de 2012	Servicio de rayos x, rayos x portátil, intensificador, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	19/09/2012	\$11.837.520
FV 0033	19/09/2012	1 al 30 de abril de 2012	Servicio de rayos x, rayos x portátil, intensificador, mamografías, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas. Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.	19/09/2012	\$42.859.040
FV 0034	19/09/2012	1 al 31 de marzo de 2012	Servicio de rayos x, rayos x portátil, intensificador, mamografías, ecografías generales, obstétricas y ginecológicas.	19/09/2012	\$59.370.080

			Interpretación y digitalización de imágenes diagnosticas.		
Valor total facturación					\$460.630.000

(iv) Las facturas fueron recibidas por el Hospital en las fechas indicadas como constan en el sello visible en cada una de ellas, y todas éstas, llevan adjunta la relación de todos los servicios prestados y cobrados para el correspondiente periodo, incluyendo el siguiente detalle: nombre del usuario; número de convenio con la EPS; número de identificación; fecha y descripción del examen realizado; número de factura del pago realizado por el usuario al Hospital; valor total del examen; y el porcentaje del ochenta por ciento (80%) de este último, el cual correspondía al contratista, y que finalmente, corresponde al valor facturado al Hospital.

(v) No existe prueba ni indicio acerca de que el Hospital hubiese desconocido, devuelto, objetado o reclamado contra el contenido de las facturas, asunto que de hecho no fue propuesto por el Hospital al alegar de conclusión, único momento procesal en el que se pronunció.

(vi) Mediante oficio radicado el 22 de junio de 2012⁶¹, el contratista solicitó al Hospital Isaías Duarte Cancino proceder con la suscripción de los contratos accesorios que tenían por objeto el cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante en materia presupuestal para el pago del ochenta por ciento (80%) del

recaudo que le correspondía al contratista; recordó a la entidad que los contratos Nos. 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 determinaron un presupuesto de ciento cuarenta millones de pesos (\$140.000.000) por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 28 de febrero de 2012; no obstante, estos no cubrían la totalidad de los servicios prestados en enero y febrero de 2012, como tampoco aquellos prestados entre marzo y junio.

(vii) La anterior solicitud ya se había extendido por el contratista al Hospital en correo electrónico del 26 de abril de 2012⁶², y fue reiterada en correo electrónico del 23 de julio de 2012, donde expresó su creciente preocupación a la gerencia del Hospital por cuanto *“el Abogado Benjamín me comento que el Abogado Reyes estaba realizando el contrato, pero el abogado Reyes en tono sorprendido me comenta que mi caso lo estaba manejando directamente el abogado Benjamín”*, solicitando por tanto *“su intervención para que se hagan los contratos lo más pronto posible”*⁶³. No hay prueba derespuesta alguna del Hospital respecto de las solicitudes del contratista.

(viii) El 9 de agosto de 2012, en ejercicio del derecho de petición, el contratista solicitó a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, *“Ante la negativa del HIDC en el pago de los servicios RADIOLÓGICOS de última tecnología realizados (...) su intervención a fin de que en razón de los contratos [celebrados entre la Secretaría y el Hospital], no se desembolsen dineros al HIDC, sin que antes sean cancelados los dineros adeudados...”*⁶⁴.

⁶¹ Cuaderno principal, folios 185 y 186.

⁶² Cuaderno principal, folio 202.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Cuaderno principal, folios 269 a 276.

(ix) Ante el silencio del Hospital, el contratista presentó acción de tutela por violación del derecho de petición⁶⁵; ésta fue conocida por el Juzgado 11 Penal Municipal de Depuración de Cali, quien decidió tutelar el derecho invocado ordenando en decisión del 13 de agosto de 2012 *“...al HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, conteste de FONDO, CLARA y PRECISA, la petición que elevara el señor EDWAR ANDREIV POLANCO BELTRÁN (...) en el sentido si procede o no la pretensión y las razones jurídicas de tal decisión”*⁶⁶. No hay prueba en el expediente del cumplimiento de la orden impartida por el juez de tutela.

(x) El 27 de agosto de 2012, el contratista hizo entrega al Hospital de los soportes físicos de los estudios tomados con ocasión del contrato en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, y enero y febrero de 2012, en un total de catorce mil ochocientos cinco (14.805) folios correspondientes a exámenes de rayos x, mamografías y ecografías, contenidos en diez (10) cajas. Tampoco hay prueba de respuesta alguna por parte del Hospital.

(xi) El 24 de septiembre de 2012, José Eliecer Armero Riascos, subgerente administrativo y financiero del Hospital, solicitó al contratista *“retirar los equipos de radiología de su propiedad, para poder ingresar los nuestros a la mayor brevedad posible, ya que estamos requiriendo el espacio para prestar nuestros servicios”*⁶⁷ (subrayas propias).

(xii) El día siguiente, 25 de septiembre de 2012, el Hospital por intermedio del mismo funcionario, reiteró al contratista *“que debe desocupar el Espacio donde se hallan sus equipos de Rayos X, pues es de suma importancia que el HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO E.S.E., instale los equipos de Propiedad Nuestra, para poder prestar el Servicio de manera URGENTE a los Usuarios y Pacientes del área de Hospitalización o de cualquier Urgencia que se presente. Recuerde usted que el HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO E.S.E. es una casa de Salud, establecida y Constituida para SALVAR VIDAS y su Negligencia conlleva a causar un gran PERJUICIO a la Comunidad del área de su Influencia”*⁶⁸ (subrayas propias).

(xiii) Ese mismo día, el contratista solicitó a la inspección de Policía Municipal de Santiago de Cali, sector Los Mangos, “*protección policial a la tenencia del BIEN INMUEBLE de acuerdo al contrato de arrendamiento VIGENTE...*”, toda vez que “*El arrendatario en forma violenta y sin mediar acuerdo el día 25 de septiembre a las 10AM pretende tomar posesión de cualquier forma de las áreas antes mencionadas, utilizando las vías de hecho las cuales iniciaron con el arrebato brusco de las llaves del área de rayos x*”⁶⁹.

(xiv) En comunicación recibida el 26 de septiembre de 2012 por el Hospital, el contratista dio respuesta a las solicitudes de retirar los equipos, indicando que la orden intempestiva de desocupar el espacio asignado por el Hospital, frente al cual el contratista tenía la condición de arrendatario, era ilegal y arbitraria; adicionalmente le indicó al Hospital que seguía adeudando los servicios prestados, y rechazó “*la ocupación momentánea de su personal, que en forma violenta ejecutó contra las puertas donde se encuentran los equipos de imagenología el día miércoles 26 de septiembre del presente año a las 9:30AM, sin autorización legal que lo justifique,*

⁶⁵ Cuaderno principal, folios 187 a 191.

⁶⁶ Cuaderno principal, folios 187 a 191.

⁶⁷ Cuaderno principal, folio 193.

⁶⁸ Cuaderno principal, folio 194.

⁶⁹ Cuaderno principal, folio 197.

haciéndolo responsable de los daños o pérdidas causadas ante las vías de hecho”⁷⁰. Copia de esta comunicación fue enviada a la Procuraduría Regional del Valle del Cauca⁷¹.

(xv) En comunicación del 27 de septiembre 2012, el contratista informó a la inspección de Policía del Barrio El Vallado, lo siguiente:

“...me dirijo a usted muy respetuosamente con la finalidad de informarle los acontecimientos ocurridos el día miércoles 26 de septiembre del presente año, donde el Hospital Isaías Duarte Cancino por vías de hecho me expulsa de los espacios que tengo arrendados (...)

(...) Me vi forzado a retirar mis equipos de imágenes diagnosticas de las instalaciones del hospital ya que ellos no respetaron la orden policiva que cita al gerente para aclarar la situación. Los funcionarios del hospital en cabeza del sub director financiero SR. JOSÉ ELIECER ROMERO RIASCOS y en colaboración con el jurídico del hospital DUARTE CANCINO SR. BENJAMÍN HILERA, empezaron a forzar y violaron las cerraduras de las áreas donde tengo mis servicios con el objetivo de expulsar los sistemas sin el mas mínimo conocimiento y poniendo en riesgo los equipos.

Al ver las decisiones tomadas por el hospital y teniendo en cuenta que no respetan las autoridades judiciales, decidí llamar al equipo de técnicos para que los retiren y retirarlos de la institución por temor a los daños que pudieran ocasionarle a los equipos.

Ellos tomaron posesión de esos espacios a la fuerza desde abril de 2012, primero invadiendo el área de ecografías ingresando un ecógrafo viejo y ayer 26 expulsando mis equipos y colocando cerraduras nuevas.

*Por lo anterior denuncié estos hechos y espero se tomen las medidas necesarias...”*⁷²

(xvi) El 28 de septiembre de 2012, la inspección de Policía del Barrio El Vallado informó que conoció la denuncia presentada por el contratista, por lo que le solicitó revisar “*con su Asesor jurídico el procedimiento y paso a seguir JURÍDICAMENTE dentro de los parámetros LEGALES Y CONSTITUCIONALES a efectos de que no se vean incursos en Sanciones PENALES Y DISCIPLINARIAS por los entes de Control; En el procedimiento dado al Señor: EDWAR ANDREIV POLANCO B (contratista con dicha entidad)*”⁷³. No hay

prueba de manifestación alguna por parte del Hospital.

(xvii) El 5 de diciembre de 2012 el contratista presentó queja ante la Contraloría Municipal de Santiago de Cali exponiendo los hechos reflejados en las pruebas anteriormente indicadas, solicitando *“su intervención a fin de que se investiguen los hechos denunciados y de ser posible se tomen las medidas necesarias para que me sean cancelados los DINEROS adeudados por los servicios en salud prestados y cesen los PERJUICIOS ECONÓMICOS Y MORALES que la actuación de los Gerentes de turno del HIDC me han causado”*⁷⁴.

⁷⁰ Cuaderno principal, folio 195.

⁷¹ Cuaderno principal, folio 196.

⁷² Cuaderno principal, folios 199 y 200.

⁷³ Cuaderno principal, folio 201.

⁷⁴ Cuaderno principal, folios 265 a 268.

(xviii) El 11 de julio de 2012 se celebró en la Procuraduría 60 Judicial I para asuntos administrativos audiencia de conciliación prejudicial convocada por el contratista⁷⁵; no obstante, el Hospital no compareció, ni presentó excusa por su inasistencia⁷⁶.

(xix) Conforme a prueba debidamente decretada dentro del presente asunto, el Tribunal requirió al Hospital Isaías Duarte Cancino copia de tres (3) documentos del expediente contractual, ninguno de los cuales fue aportado, indicando en comunicación del 24 de febrero de 2014 lo siguiente:

“Referente a la Copia Autentica del Acta el Comité de Gerencia del Hospital del 26 de mayo de 2011, donde se determina el otorgamiento del contrato de concesión a COMPU-WAN, la información solicitada no reposa en nuestros archivos.

Referente a la Copia autentica del Acta del Comité de Contratación del 03 de mayo de 2011 en relación con el contrato de concesión a COMPU-WAN, dicha información no reposa en nuestros archivos.

*En relación a las Copias de las actas de liquidación o actos administrativos de terminación de los contratos Nros. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012, verificados nuestros archivos se constata que los contratos solicitados no han sido objeto de liquidación”*⁷⁷.

(xx) También conforme a prueba decretada, la inspección de Policía del Barrio El Vallado de Santiago de Cali aportó las constancias y registro fotográfico tomado el 27 de septiembre de 2012 en el Hospital Isaías Duarte Cancino con ocasión de la diligencia de protección policiva solicitada por la parte actora⁷⁸.

(xxi) Los testimonios rendidos, como en efecto concluyó el fallo de primera instancia, indican *“que efectivamente COMPU-WAN prestó en forma general unos servicios de imaginología (sic) y radiología (sic) al Hospital Isaías Duarte Cancino”*⁷⁹. El contra interrogatorio realizado por el apoderado del Hospital se enfocó en acreditar la inexistencia de una certificación de estos servicios suscrita por parte del Subgerente Administrativo y Financiero, con el visto bueno del Gerente del Hospital.

36. Por tanto, considerando en su integridad los elementos de convicción allegados al expediente, la Sala encuentra acreditado que:

(i) el Hospital, bajo un contrato válido celebrado con el demandante, tercerizó o externalizó los servicios de imagenología, como parte del servicio público de salud a su cargo;

(ii) la parte actora, en cumplimiento del contrato, adquirió los equipos, prestó y facturó al Hospital los servicios de rayos x, rayos x portátil, intensificador de imágenes, ecografías generales, obstétricas, ginecológicas e interpretación y

digitalización de imágenes diagnosticas, por el valor del ochenta por ciento (80%) del recaudo por cada periodo cobrado;

⁷⁵ Cuaderno principal, folio 5.

⁷⁶ Cuaderno principal, folio 6.

⁷⁷ Cuaderno No. 3, folio 1.

⁷⁸ Cuaderno No. 3, folios 3 a 22 reverso.

⁷⁹ Página 25 de la decisión.

(iii) la entidad contratante, quien tenía como principales obligaciones a su cargo asegurar las apropiaciones presupuestales y pagar al contratista la remuneración pactada, no lo hizo.

37. En consecuencia, no hay duda de que el Hospital Isaías Duarte Cancino incumplió el acuerdo de voluntades. Se llega a esta conclusión por cuanto, mientras la parte actora allegó diversos elementos de prueba donde se revela que el Hospital contrató la prestación de los servicios, recibió la detallada facturación allegada al proceso, no la objetó o desconoció, y que pese a los diversos requerimientos, omitió el cumplimiento de sus obligaciones contractuales tendientes al pago de la remuneración pactada; por su parte, el Hospital contratante no se opuso o desconoció tales circunstancias fácticas, pues en adición a no contestar la demanda ni aportar algún medio de prueba, al alegar de conclusión. se opuso a las pretensiones con fundamento, únicamente, en que:

(i) El negocio jurídico fue un contrato de concesión, que debió cumplir los presupuestos de la Ley 80 de 1993, y al no haberlo hecho, está viciado de nulidad absoluta, asunto ya descartado en esta providencia.

(ii) Conforme al contrato, el demandante debía allegar una certificación expedida por el supervisor del contrato para acreditar los servicios prestados, no siendo suficiente la sola presentación de las facturas para reconocer lo cobrado, al no cumplir los documentos allegados por el demandante con los requisitos del título ejecutivo complejo.

38. Frente a la falta de la certificación antes indicada, la Sala observa:

(i) Como se indicó al analizar las condiciones pactadas bajo el negocio jurídico principal, para efecto del pago de la contraprestación acordada a favor del contratista (distribución del recaudo), las partes definieron⁸⁰ que:

- a) El contratista debía presentar debidamente diligenciada la factura al Hospital de conformidad con el número de estudios realizados durante el periodo correspondiente, aspecto reiterado en los contratos accesorios donde se indicó que al contratista *“se le cancelará el valor de la tarifa establecida en el anexo presentado por este, de conformidad con el número de exámenes que haya procesado durante el mes y el porcentaje de participación de que trata la CLAUSULA TERCERA Y CUARTA del contrato de concesión 1.7.6.002 de 2011”*.
- b) El Hospital por su parte debía asegurar la disponibilidad presupuestal para cancelar el porcentaje del recaudo pactado a favor del contratista, así como certificar su conformidad con el contenido de las facturas presentadas por éste.

(ii) En relación con estos requisitos y cargas en cabeza de las partes, conforme al repaso realizado sobre las pruebas allegadas al expediente, está acreditado que si bien el contratista en efecto facturó los servicios prestados, allegando la relación pormenorizada de los exámenes realizados, la entidad contratante por su parte, omitió dar cumplimiento a su obligación de asegurar la disponibilidad presupuestal

y certificar los servicios prestados, o de oponerse a éstos o algunos de ellos, aun frente a los requerimientos del contratista; el acervo probatorio denota que el Hospital prestó los servicios de imagenología a través del contratista, recibió las facturas expedidas por éste y se limitó a guardar silencio, tanto en relación con los servicios facturados, como frente al pago a favor del demandante, incluso cuando este último solicitaba explicaciones en ejercicio del derecho de petición.

(iii) En consecuencia, la entidad demandada no puede escudarse y eximirse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, contraídas bajo el contrato principal, con fundamento en la falta de un documento o de un requisito contractual, como la apropiación presupuestal y la celebración de contratos accesorios, que dependían de ella y que, pese a los requerimientos del contratista, decidió no atender. En otros términos, la demandada no puede oponer como condición para el pago de los servicios efectivamente prestados, el incumplimiento de una carga contractual que le correspondía, como era la obligación aprobar u objetar y conciliar los servicios facturados.

(iv) En este sentido, las pruebas allegadas al proceso evidencian que el Hospital contratante tuvo una posición silente y renuente frente a los requerimientos del contratista para que, en cumplimiento de las cargas que le correspondían en el contrato, prestara su colaboración y originar los requisitos formales indicados, por lo que no puede ahora utilizar tal renuencia, no justificada, a su favor; paralelamente, se observa que pese a los incumplimientos de la contratante, el contratista continuó prestando los servicios legítimamente, pues por expresa disposición contractual no debía *“...participar en cese de actividades por ningún motivo ni bajo ninguna circunstancia”*, al tratarse de un servicio permanente e ininterrumpido, siendo causal de incumplimiento y terminación anticipada del contrato la contravención de esa estipulación⁸¹.

(v) Debe indicarse además, que, en adición a no haberse manifestado en contrario respecto de esa falta de colaboración para el cumplimiento de los requisitos que ahora extraña, la parte en el presente asunto no compareció ni justificó su inasistencia a la audiencia de conciliación prejudicial convocada por la parte actora, no contestó la demanda y tampoco aportó los documentos que se le requirieron por el Tribunal en el presente asunto, posición que la ley determina como constitutiva de indicio grave en su contra⁸², y que coincide con la que los medios de prueba apuntan asumió durante la ejecución del contrato.

(vi) Finalmente, debe indicarse que la falta de la certificación expedida por el demandante aprobando los servicios, revisada la universalidad de pruebas

⁸¹ Cláusula segunda, *OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO*, numeral 7 y cláusula novena, *TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO*.

⁸² El Decreto 1716 de 2009 establece en su artículo 14 que *“La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación, tendrá las consecuencias jurídicas establecidas en los artículos 22 y 35 de la Ley 640 de 2001 o en las normas que los modifiquen o sustituyan”*. Por su parte, el artículo 22 de la Ley 640 de 2001 dispone que *“Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos”*. El Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 71, numeral 6, que es deber de las partes *“Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra”*; por su parte, el artículo 95 señala que *“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado”*.

allegadas, no tiene la entidad suficiente para desvirtuar que éstos fueron efectivamente prestados en beneficio del Hospital demandado, asunto que, de hecho, se observa no fue discutido por éste, en tanto afirma la inexistencia de la certificación, pero no que el fundamento de ello fuere que los servicios no se

prestaron.

39. Por su parte y respecto la presunta terminación anticipada del contrato sin justa causa por parte de la entidad demandada, las pruebas allegadas evidencian lo siguiente:

(i) Conforme al objeto del contrato de tercerización suscrito⁸³, la entidad demandada otorgaba y garantizaba al contratista durante su vigencia *“la exclusividad para la explotación (...) respecto a todo lo relacionado con la atención médica en el área de toma e interpretación de los estudios de imaginología (sic) dentro del hospital Isaías Duarte Cancino”*.

(ii) En la cláusula quinta se pactó que el contrato tendría una duración de cinco (5) años, específicamente, *“DEL 13 DE JUNIO DE 2011 HASTA EL 12 DE JUNIO DE 2016”*, mientras que en la cláusula novena las partes definieron que solo podría terminarse anticipadamente por *“Mutuo acuerdo entre las partes, el cual debe constar por escrito”* y en caso de *“participación del **CONCESIONARIO** en cese de actividades, suspensión o alteración los servicios asistenciales o administrativos”*.

(iii) No obstante, está acreditado que la entidad demandada, el 24 y 25 de septiembre de 2012, esto es, transcurridos un (1) año y tres (3) meses de los cinco (5) años pactados, ordenó al contratista retirar los equipos de radiología y desocupar el espacio que le fue arrendado, para instalar unos propios, sin aducir justificación contractual, legal o fáctica alguna; adicionalmente, el mismo 25 de septiembre, la entidad forzó las cerraduras que aseguraban el área arrendada al contratista para efectos de reiterar por su cuenta los equipos suministrados por éste e iniciar la prestación de los servicios directamente y con equipos propios, vía de hecho que desconoció las obligaciones que asumió bajo el contrato celebrado, pero que especialmente, imposibilitó desde ese momento su ejecución.

40. De esta forma, el Hospital demandado decidió anticipada, unilateral e injustificadamente, no continuar con la ejecución del contrato, y a partir del desconocimiento de sus obligaciones principales bajo el mismo, e incluso, usando la fuerza, obstaculizó, impidió y frustró la posibilidad de que este fuera ejecutado por el término restante de su vigencia conforme a su plazo inicial.

41. En consecuencia, la Sala encuentra probado que el Hospital Isaías Duarte Cancino incumplió los contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 por no haber pagado los servicios prestados y haber terminado el contrato de forma unilateral e injustificada, por lo que procederá al estudio de la indemnización de perjuicios reclamada por la parte actora.

El pago de los servicios prestados no pagados

42. Atendiendo a que la parte actora acreditó la obligación en cabeza de la entidad demandada, considerando que su manifestación de no pago corresponde

⁸³ Cláusula primera, contrato No. 1.7.6.002-2011.

una afirmación indefinida y dado que el pago no se presume, sino que debe ser acreditado, le correspondía a la entidad demandada probarlo dentro del proceso como deudor que pretende su liberación en el caso concreto; no obstante, el Hospital Isaías Duarte Cancino no solo omitió allegar prueba alguna tendiente a acreditar el pago, sino que además, nunca se opuso o negó el hecho de no haber pagado los servicios facturados, pues, como ya se ha explicado, su oposición se fundó en que no lo hizo por la falta de un requisito que dependía de él, pero que fue renuente a cumplir a pesar de ser requerido para ello, asunto que como se explicó, no le exonera del pago de los servicios efectivamente prestados por el contratista.

43. En consecuencia, la Sala reconocerá el pago de los servicios prestados, que fueron facturados por el contratista y que no fueron objetados por la entidad contratante, quien además no negó el hecho de no haberlos pagado, al consistir en la contraprestación a la que tenía derecho y principal obligación de la entidad, y al haberse verificado que los valores facturados en efecto corresponden al ochenta por ciento (80%) del recaudo por los servicios prestados en cada periodo, plenamente detallados e identificados en sus anexos, conforme a lo pactado en el contrato.

44. Considerando que las partes no pactaron el tipo y tasa de los intereses moratorios exigibles, atendiendo al régimen y naturaleza comercial de los negocios jurídicos, resultan aplicables las previsiones en materia de intereses moratorios del Código de Comercio⁸⁴ conforme a lo dispuesto en sus artículos 1⁸⁵ y 11⁸⁶, bajo la regla supletiva de su artículo 884 (una y media vez el bancario corriente), norma que *“determina la tasa o el monto de los intereses comerciales en caso de mora, en todos los diferentes eventos en que pueda haber lugar a éstos”*⁸⁷.

45. Por su parte, la indexación solicitada por el demandante sobre las sumas adeudadas será negada en la medida que los intereses comerciales a reconocer, a diferencia de los civiles, son excluyentes con la actualización o indexación pues por su naturaleza, contienen un componente inflacionario que excluye la posibilidad adicional de actualizar o traer a valor presente el capital debido⁸⁸. Sobre este particular, ha aclarado esta Sección que *“no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil”*⁸⁹, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero⁹⁰. En

⁸⁴ Interés corriente bancario, Artículos 883 y 884 subrogados por la Ley 45 de 1990.

⁸⁵ Código de Comercio, artículo 1, *“Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”*.

⁸⁶ Código de Comercio, artículo 11 *“Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones”*.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de mayo de 1981. CLXVI, 436 a 438-; 1º de febrero de 1984.

⁸⁸ Ver sentencias del Consejo de Estado del 24 de mayo de 2000. Exp. No. 17.456. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Exp. 2001-03173, Sección Tercera, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935), del veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004).

⁸⁹ En sentencia del 7 de marzo de 1980, Exp. 5322, la Sala consideró que *“si a un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de interés incluye un ‘plus’ destinado a recomponer el capital. No se excluyen entre sí los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses (...)”*. En igual sentido, sentencia del 6 de agosto de 1987, Exp. 3886.

⁹⁰ Sentencia Sección Tercera, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935), del veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004).

consecuencia, sólo se accederá al reconocimiento de los intereses moratorios reclamados conforme a lo previsto por el Código de Comercio.

46. En lo que refiere al momento desde cuando éstos deben ser reconocidos en el caso concreto, la Sala advierte que no existen previsiones contractuales ni elementos fácticos en las pruebas que permitan determinar desde cuando la entidad demandada incurrió en mora por el no pago de los servicios prestados, en tanto y en cuanto: (i) las partes no definieron bajo el negocio jurídico el plazo en el cual debían pagarse las facturas expedidas por el contratista; y (ii) si bien el demandante indicó a manera de confesión que le fueron pagados \$60.000.000, no indicó ni se acreditó porque se solo se pagó esa suma, cuándo se pagó, ni a qué periodo o facturas se imputó. En consecuencia, debe acudirse al numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil⁹¹, de conformidad con el cual, en tanto no se trata de una obligación con un término estipulado, y por cuanto no se trata de una prestación que solo ha podido ser ejecutada dentro de cierto tiempo, el deudor solo está en mora *“cuando*

el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

47. En este orden de ideas, conforme a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 90 del CPC⁹², por cuanto el auto admisorio de la demanda del 15 de febrero de 2013 fue notificado personalmente a la parte demandada el 8 de mayo del mismo año, es a partir de esta última fecha en la que el demandado se constituyó en mora de pagar la obligación dineraria⁹³, por lo que, a partir del día siguiente — 9 de mayo de 2013— deberán ser calculados.

48. El valor total de los servicios facturados por el demandante ascendió a \$460.630.000, de los cuales, explicó que la entidad contratante pagó la suma de \$60.000.000; en consecuencia, los intereses moratorios serán calculados sobre el saldo insoluto (\$400.630.000), desde la fecha indicada, hasta el momento de la decisión, como sigue:

Capital: \$400.630.000

Inicio	Final	Días	Interés usura (1.5 veces el interés bancario corriente)	Interés proporcional	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
9/05/2013	30/06/2013	53	31,25%	4,54%	18.179.272,26	18.179.272,26
1/07/2013	30/09/2013	92	30,51%	7,69%	30.809.215,33	48.988.487,59
1/10/2013	31/12/2013	92	29,78%	7,51%	30.072.056,13	79.060.543,72

⁹¹ Artículo 1608. Código Civil. Mora del deudor. “El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

⁹² Inciso segundo, artículo 90, CPC: “(...) La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes. (...)”

⁹³ En el caso concreto, no resulta aplicable el artículo 885 del Código de Comercio, conforme al cual, “Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”, toda vez que los negocios jurídicos objeto de controversia no tenían por objeto el suministro o venta de bienes bajo un precio pactado, sino la prestación de un servicio, cuya contraprestación consistía en una participación porcentual del contratista en el recaudo realizado por el contratante con ocasión de éste.

1/01/2014	31/03/2014	90	29,48%	7,27%	29.121.959,34	108.182.503,07
1/04/2014	30/06/2014	91	29,45%	7,34%	29.415.571,74	137.598.074,81
1/07/2014	30/09/2014	92	29,00%	7,29%	29.204.394,54	166.802.469,34
1/10/2014	31/12/2014	92	28,76%	7,25%	29.042.052,87	195.844.522,21
1/01/2015	31/03/2015	90	28,82%	7,11%	28.469.975,18	224.314.497,38
1/04/2015	30/06/2015	91	29,06%	7,25%	29.026.027,67	253.340.525,05
1/07/2015	30/09/2015	92	28,89%	7,2819%	29.173.327,79	282.513.852,84
1/10/2015	31/12/2015	92	29,00%	7,31%	29.284.406,58	311.798.259,42
1/01/2016	31/03/2016	91	29,52%	7,36%	29.485.489,91	341.283.749,32

1/04/2016	30/06/2016	91	30,81%	7,68%	30.773.981,84	372.057.731,17
1/07/2016	30/09/2016	92	32,01%	8,07%	32.323.926,02	404.381.657,18
1/10/2016	31/12/2016	92	32,99%	8,32%	33.313.537,00	437.695.194,18
1/01/2017	31/03/2017	90	33,51%	8,2627%	33.103.014,16	470.798.208,35
1/04/2017	30/06/2017	91	33,50%	8,35%	33.460.837,12	504.259.045,47
1/07/2017	30/08/2017	61	32,97%	5,51%	22.074.932,52	526.333.977,99
1/09/2017	30/09/2017	30	32,22%	2,65%	10.609.560,49	536.943.538,49
1/10/2017	31/10/2017	31	31,73%	2,69%	10.796.484,57	547.740.023,06
1/11/2017	30/11/2017	30	31,44%	2,58%	10.352.718,25	558.092.741,31
1/12/2017	31/12/2017	31	31,16%	2,65%	10.602.535,75	568.695.277,05
1/01/2018	31/01/2018	31	31,04%	2,64%	10.561.704,42	579.256.981,47
1/02/2018	28/02/2018	28	31,52%	2,42%	9.687.123,64	588.944.105,11
1/03/2018	31/03/2018	31	31,02%	2,63%	10.554.899,19	599.499.004,30
1/04/2018	30/04/2018	30	30,72%	2,52%	10.115.633,10	609.614.637,40
1/05/2018	31/05/2018	31	30,66%	2,60%	10.432.405,20	620.047.042,60
1/06/2018	30/06/2018	30	30,42%	2,50%	10.016.847,62	630.063.890,21
1/07/2018	31/07/2018	31	30,05%	2,55%	10.224.845,93	640.288.736,15
1/08/2018	31/08/2018	31	29,91%	2,54%	10.177.209,38	650.465.945,52
1/09/2018	30/09/2018	30	29,72%	2,44%	9.786.348,16	660.252.293,69
1/10/2018	31/10/2018	31	29,45%	2,50%	10.020.689,27	670.272.982,96
1/11/2018	30/11/2018	30	29,24%	2,40%	9.628.291,40	679.901.274,36
1/12/2018	31/12/2018	31	29,10%	2,47%	9.901.597,89	689.802.872,25
1/01/2019	31/01/2019	31	28,74%	2,44%	9.779.103,90	699.581.976,15
1/02/2019	28/02/2019	28	29,55%	2,27%	9.081.678,41	708.663.654,56
1/03/2019	31/03/2019	31	29,06%	2,47%	9.887.987,45	718.551.642,00
1/04/2019	30/04/2019	30	28,98%	2,38%	9.542.677,32	728.094.319,32

1/05/2019	31/05/2019	31	29,01%	2,46%	9.870.974,39	737.965.293,71
1/06/2019	30/06/2019	30	28,95%	2,38%	9.532.798,77	747.498.092,48
1/07/2019	31/07/2019	31	28,92%	2,46%	9.840.350,89	757.338.443,37
1/08/2019	31/08/2019	31	28,98%	2,46%	9.860.766,56	767.199.209,93
1/09/2019	30/09/2019	30	28,98%	2,38%	9.542.677,32	776.741.887,25
1/10/2019	31/10/2019	31	28,65%	2,43%	9.748.480,40	786.490.367,64
1/11/2019	30/11/2019	30	28,55%	2,35%	9.401.084,79	795.891.452,44
1/12/2019	31/12/2019	31	28,37%	2,41%	9.653.207,29	805.544.659,73

1/01/2020	31/01/2020	31	28,16%	2,39%	9.581.752,46	815.126.412,19
1/02/2020	29/02/2020	29	28,59%	2,27%	9.100.447,65	824.226.859,84
1/03/2020	31/03/2020	31	28,43%	2,41%	9.673.622,96	833.900.482,80
1/04/2020	30/04/2020	30	28,04%	2,30%	9.233.149,48	843.133.632,28
1/05/2020	31/05/2020	31	27,29%	2,32%	9.285.725,31	852.419.357,58
1/06/2020	30/06/2020	30	27,18%	2,23%	8.949.964,44	861.369.322,02
1/07/2020	31/07/2020	31	27,18%	2,31%	9.248.296,59	870.617.618,61
1/08/2020	31/08/2020	31	27,44%	2,33%	9.336.764,47	879.954.383,08
1/09/2020	30/09/2020	30	27,53%	2,26%	9.065.214,16	889.019.597,24
1/10/2020	31/10/2020	31	27,14%	2,31%	9.234.686,14	898.254.283,38
1/11/2020	30/11/2020	30	26,76%	2,20%	8.811.664,77	907.065.948,15
1/12/2020	31/12/2020	31	26,19%	2,22%	8.911.438,10	915.977.386,25
1/01/2021	31/01/2021	31	25,98%	2,21%	8.839.983,27	924.817.369,52
1/02/2021	28/02/2021	28	26,31%	2,02%	8.085.920,78	932.903.290,30
1/03/2021	31/03/2021	31	26,12%	2,22%	8.887.619,82	941.790.910,13
1/04/2021	30/04/2021	30	25,97%	2,13%	8.551.529,67	950.342.439,80
1/05/2021	31/05/2021	31	25,83%	2,19%	8.788.944,11	959.131.383,91
1/06/2021	30/06/2021	30	25,82%	2,12%	8.502.136,93	967.633.520,84
1/07/2021	31/07/2021	31	25,77%	2,19%	8.768.528,44	976.402.049,28
1/08/2021	31/08/2021	31	25,86%	2,20%	8.799.151,94	985.201.201,22
1/09/2021	30/09/2021	30	25,79%	2,12%	8.492.258,38	993.693.459,60
1/10/2021	31/10/2021	31	25,62%	2,18%	8.717.489,28	1.002.410.948,88
1/11/2021	30/11/2021	30	25,91%	2,13%	8.531.772,58	1.010.942.721,45
1/12/2021	31/12/2021	31	26,19%	2,22%	8.911.438,10	1.019.854.159,55
1/01/2022	31/01/2022	31	26,49%	2,25%	9.013.516,43	1.028.867.675,98
1/02/2022	28/02/2022	28	27,45%	2,11%	8.436.279,95	1.037.303.955,93
1/03/2022	31/03/2022	31	27,71%	2,35%	9.428.634,97	1.046.732.590,90

1/04/2022	30/04/2022	30	28,58%	2,35%	9.410.963,34	1.056.143.554,24
1/05/2022	31/05/2022	31	29,57%	2,51%	10.061.520,61	1.066.205.074,85
1/06/2022	30/06/2022	30	30,60%	2,52%	10.076.118,90	1.076.281.193,75
1/07/2022	31/07/2022	31	31,92%	2,71%	10.861.134,18	1.087.142.327,93
1/08/2022	31/08/2022	31	33,32%	2,83%	11.337.499,72	1.098.479.827,65
1/09/2022	30/09/2022	30	35,25%	2,90%	11.607.293,84	1.110.087.121,48
1/10/2022	31/10/2022	31	36,92%	3,14%	12.562.439,66	1.122.649.561,14

En consecuencia, se condenará al Hospital Isaías Duarte Cancino a pagar a favor del demandante la suma de mil quinientos veintitrés millones doscientos setenta y

nueva mil quinientos sesenta y un pesos con catorce centavos (**\$1.523.279.561,14**) por concepto de daño emergente, consistente en los servicios prestados no pagados con sus respectivos intereses de mora.

Los perjuicios causados por la terminación anticipada del contrato sin justa causa

49. Por concepto de lucro cesante, la parte actora reclama los perjuicios causados al habersele privado de percibir las sumas proyectadas por el tiempo que faltaba para la ejecución total del contrato, las cuales estimó en la suma de \$1.348.266.960.

50. Se concibe como lucro cesante el ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino, o en otros términos, corresponde al no incremento en el patrimonio del afectado, en este caso, con ocasión del incumplimiento del contrato; en consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con el daño emergente, donde el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del lesionado con ocasión de un daño cierto, en la medida que el damnificado tenía un acreditado derecho legítimo a la percepción de estos lucros al momento del evento dañino. En esa medida, el lucro cesante tampoco indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino que repara el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de un beneficio real al cual su titular tenía derecho⁹⁴.

51. Como es natural, para el reconocimiento del lucro cesante, corresponde a la parte actora acreditar haber sufrido un daño cierto, pero tal certeza, atendiendo a la naturaleza de esta clase de daño, que como ha explicado la Doctrina se identifica con hechos que no han sucedido pero que podrán suceder o hubieran podido suceder, debe apoyarse en un juicio de probabilidad objetiva y no de seguridad, puesto que *“tratándose la prueba del lucro frustrado de un hecho virtual, la dificultad se encuentra en que resultará necesario predecir lo que el perjudicado hubiera ganado en caso de no haber incumplido la otra parte el contrato (...) Sobre esta base, no es posible exigir certeza absoluta allí donde no puede haberla”*⁹⁵.

⁹⁴ Eduardo ZANNONI, citado por GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 90.

⁹⁵ GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos. *Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante*. Derecho y Cambio Social No. 58, Octubre-Diciembre de 2019.

52. Por tanto, al encontrarse en el terreno de hechos que no han sucedido pero que podrán suceder, o hubieran podido suceder, la doctrina moderna coincide en que la existencia del lucro cesante debe establecerse bajo un juicio de probabilidad, sin que éste deba ser inexpugnable, exacto o infalible, pues siendo imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, resulta suficiente la probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, pues de lo contrario, en pro de la certeza, podría desconocerse la reparación de un daño real y efectivo.

53. En este sentido, se ha explicado por la doctrina sobre el particular lo siguiente:

“(...) mientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere siempre a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas sus vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. El único jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la pretendida ganancia, a no haberse interpuesto el evento dañino. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el Derecho si exigiese al perjudicado la prueba

matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe al Derecho separar cuidadosamente estos “sueños de ganancia” como los llamaba DERNBURG, de la verdadera idea de daño. No basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco absoluta seguridad de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto...”⁹⁶

54. De esta forma, si bien la prueba del lucro cesante es sin duda un asunto complejo, en tanto y en cuanto corresponde a circunstancias que se proyectan en el futuro, y por ende, vinculadas siempre a un cierto grado de incertidumbre o aleatoriedad al depender de múltiples factores externos, aleatorios, e incluso, a la propia conducta futura y desconocida del acreedor, tales razones no pueden excluir su indemnización, especialmente cuando, como en el presente caso, se trata de un lucro justificado en el contrato, que en el orden normal de las cosas, el demandante habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento de la entidad demandada, al terminar intempestiva, anticipada e injustificadamente el vínculo comercial, estando en consecuencia acreditado un daño real y efectivo ocasionado a la parte actora.

⁹⁶ FISHER, Renald. Citado por MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica probatoria*, 4.a ed., Madrid: La Ley, 2017. También se ha explicado que “El lucro cesante, como todo daño, debe ser probado, y no escapa a esta regla general. Sin embargo, por la especial naturaleza de este perjuicio, su acreditación solamente es posible por vía indirecta, a través de presunciones y siempre mediante el aporte de circunstancias objetivas que validen las cantidades que se infieren por concepto de lucro cesante. Con todo esto, no es razonable pretender una prueba con precisión matemática en cuanto a la existencia y monto del lucro cesante, ya que ello es claramente imposible. Es por eso que la prueba que debe exigirse a este respecto no puede ser tan rigurosa como la que procede para el caso de daño emergente, ya que una exageración a este respecto, a la larga, va a frustrar los propósitos que se ha tenido presente a la hora de dar cabida a un capítulo indemnizatorio de ese tipo, y, más que a ninguna otra cosa, debe estar orientada a establecer la posibilidad cierta de las utilidades o ganancias que se reclaman a esta razón”. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “Daño físico y lucro cesante”, en AA. VV., *Derecho de daños*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002.

55. En el caso concreto, atendiendo a la inexistencia de elementos fácticos o jurídicos que permitan afirmar lo contrario, la Sala estima que es altamente probable que el contratista hubiese continuado prestando los servicios objeto del contrato por el periodo restante del plazo inicialmente pactado, esto es, por cuarenta y cinco (45) meses más, considerando que de los sesenta (60) meses inicialmente pactados⁹⁷, solo se ejecutaron quince (15)⁹⁸ con ocasión de las circunstancias ya descritas imputables a la demandada. Lo anterior tiene sustento en que mientras en el expediente está acreditado que el contratista contaba con las condiciones, equipos, personal, y en general, con los recursos necesarios para la prestación del servicio, como en efecto lo venía haciendo, servicio que como se pactó en el contrato y atendiendo a su naturaleza, era constante, ininterrumpido y permanente durante todo el plazo contractual, no hay indicio de alguna circunstancia fáctica o jurídica que hubiese impedido al contratista continuar con la actividad bajo las mismas condiciones.

56. En ese orden de ideas, tomando como referencia los acreditados valores facturados durante el tiempo que se ejecutó el contrato (\$460.630.000), la Sala determinará la suma que el contratista razonablemente habría facturado durante el plazo restante, a partir del cálculo de la facturación media mensual multiplicada por los meses en que el contrato dejó de ejecutarse por causas imputables a la entidad contratante, así:

MES	VENTA
Agosto 2011	\$11.319.600,00
Septiembre 2011	\$18.788.800,00

<i>Octubre 2011</i>	\$25.167.180,00
	\$ 7.192.240
<i>Noviembre 2011</i>	\$26.554.813
	\$12.120.080
<i>Diciembre 2011</i>	\$61.348.367
<i>Enero 2012</i>	\$64.221.480
<i>Febrero 2012</i>	\$67.344.000
<i>Marzo 2012</i>	\$59.370.080
<i>Abril 2012</i>	\$42.859.040
<i>Mayo 2012</i>	\$11.837.520
<i>Junio 2012</i>	\$36.711.120
<i>Julio 2012</i>	\$15.795.680
Total facturado	\$460.630.000
	÷ 12 (meses facturados)
Promedio de facturación mensual	\$38.385.833
	x 45 (meses restantes de ejecución)
Total dejado de facturar	\$ 1.727.362.500

57. Ahora, por cuanto el lucro cesante refiere a los rubros que habrían enriquecido el patrimonio del afectado, no se deben equiparar las remuneraciones brutas dejadas de percibir con la ganancia frustrada a consecuencia del evento dañoso; es decir, la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como

⁹⁷ El contrato se pactó por cinco (5) años.

⁹⁸ Entre el 1 de junio de 2011 y el 28 de septiembre de 2012.

consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo, que es el concepto indemnizable, no puede asimilarse o confundirse con las remuneraciones devengadas. En consecuencia, distinto al monto del ingreso por la prestación del servicio, la Sala reconocerá la ganancia, provecho o utilidad, que conforme a las pruebas, el contratista probable y razonablemente habría obtenido por la actividad, bajo la expectativa y derecho cierto que le otorgaba el vínculo contractual.

58. En el caso concreto no se determinó una utilidad en el contrato, ni se allegó la propuesta del contratista o algún documento precontractual pese haber sido requeridos a la entidad demandada; además, si bien la parte actora allegó copia de sus estados de resultados y balance general suscritos por contador público, donde se incluye la utilidad para el ejercicio de los años 2011 y 2012, la información reflejada refiere a la totalidad de operaciones del actor como persona natural comerciante, no siendo posible verificar la proporción correspondiente a los servicios prestados al Hospital por cuenta de los contratos objeto del proceso. Además, aunque se allegaron unas proyecciones de crecimiento con la especificación de los servicios prestados al Hospital, no hay referencia de quien y cuando las elaboró, como tampoco del origen, sustento y certeza de los datos que contienen.

59. De esta forma, por cuanto no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala acudirá a los criterios jurisprudenciales establecidos para fijar tal emolumento. En este sentido, el concepto a reconocer será la utilidad neta, entendida como la ganancia final prevista, sin incluir sumas por costos directos e indirectos, ni los gastos de administración e imprevistos en los que no tuvo que incurrir el proponente para ejecutar el contrato⁹⁹. Por otra parte, con apoyo en los pronunciamientos de esta Subsección, donde ha afrontado la misma situación de indefinición, se acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, según las cuales, quienes pretenden celebrar contratos con el Estado, comúnmente calculan un cinco por ciento (5%) de utilidad¹⁰⁰.

60. Así pues, se tiene que el cinco por ciento (5%) del monto que se preveía

facturar por el plazo restante del contrato (\$1.727.362.500) corresponde a la suma de \$86.368.125. Este valor será actualizado hasta la fecha de la presente decisión, para cuyo efecto se debe tomar como índice inicial el correspondiente al tiempo en que habría de finalizar la ejecución del contrato –13 de junio de 2016¹⁰¹ –.

$$Va = Vh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

-*Va*: Valor actualizado a establecer.

-*Vh*: Valor histórico a traer a valor presente.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicado 05001-23-24- 000-1995-00935-01. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2022. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.: 25000-23-36-000-2016-00889-02; Sentencia del 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente 25000-23-26-000-2010- 00692-02 (49.025); Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 25000-23-26-000-2002-01606-01 (29855).

¹⁰¹ Teniendo en cuenta que el contrato se celebró el 13 de junio de 2011 con un plazo de cinco (5) años.

-*Índice final*: IPC vigente para la fecha de la presente decisión.

-*Índice inicial*: IPC vigente a la fecha en que habría de finalizar el contrato.

$$Va = \$86.368.125 \times \frac{118,70}{92,54} \quad Va = \mathbf{\$110.783.406}$$

61. De acuerdo con lo expuesto, la entidad demandada deberá pagar a la parte actora al monto aquí calculado y actualizado por concepto de lucro cesante, es decir, la suma de ciento diez millones setecientos ochenta y tres mil cuatrocientos seis pesos (**\$110.783.406**).

Los perjuicios inmateriales

62. Si bien la parte actora indicó que el incumplimiento del contrato le ocasionó perjuicios de carácter moral, solo se limitó a realizar tal afirmación, pues no sustentó en que consistieron y mucho menos allegó algún elemento de convicción para probarlos, por lo que al no estar acreditada su causación, la pretensión tendiente a su reconocimiento y pago será negada.

Costas

63. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA¹⁰², la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas a la parte vencida. Por tanto, en consideración a que no se evidenció que la parte demandante haya actuado temerariamente, o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR que el Hospital Isaías Duarte Cancino incumplió los

contratos Nos. 1.7.6.002-2011, 1.7.1.0027-2011 y 1.7.1.002-2012 celebrados con el señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, propietario del establecimiento de comercio denominado Compu-Wan.

SEGUNDO: CONDENAR al Hospital Isaías Duarte Cancino a pagar a favor del señor Edwar Andreiv Polanco Beltrán, la suma de mil seiscientos treinta y cuatro millones sesenta y dos mil novecientos sesenta y siete pesos con catorce centavos (**\$1.634.062.967,14**) por concepto de daño emergente y lucro cesante.

¹⁰² *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”*

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE¹⁰³

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

¹⁰³ Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.