

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

Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

RADICACIÓN: 850012331000200700116 02
EXPEDIENTE: 46185
ACTOR: SOCIEDAD RUIZ AMEZQUITA & COMPAÑÍA S. EN C.
DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL DE YOPAL
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se dispuso:

“1.- DENEGAR las pretensiones principales de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

“2.- NEGAR las pretensiones subsidiarias de la demanda no obstante no haber prosperado las principales, con base en los argumentos esgrimidos en las motivaciones de este fallo.

“3.- No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

“4.- Por Secretaría efectúese compulsas de copias auténticas de la demanda, la contestación, anexos y del fallo con la constancia de notificación, con destino al Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación y Contraloría General de la República, sin que se verifique la ejecutoria”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 20 de septiembre de 2007, en ejercicio de la acción contractual, por la sociedad Ruiz Amezcuita¹ y Cía. en S en C., se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.- PRIMERA. - Que se declare que entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL con Nit: 891855029-5 y la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y

¹ La Sala precisa que en ninguno de los documentos alusivos a la conformación de la sociedad en comento o en ninguno de aquellos suscritos por la misma que conformaron el caudal probatorio de este debate, el apellido Amezcuita figura con acento. En consecuencia, tal cual será referido en la presente providencia.

CÍA. S. EN C., con Nit: 844002523-1, durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y en el mes de enero de 2006, existió un contrato de suministro de medicamentos.

“1.2.- SEGUNDA.- Que se declare que por razón de dicho contrato la sociedad demandante suministró durante los meses mencionados, los medicamentos que se relacionan a continuación y por los valores que aquí se indican:

“(...).

“Medicamentos despachados en el mes de Noviembre de 2005.

TOTAL \$78'869.468.

“Medicamentos despachados en el mes de Diciembre de 2005.

Total \$291'470.421.

“Medicamentos despachados en el mes de Enero de 2006.

Total \$92'873.387

“Medicamentos de control especial

Total \$71'796.941.

“1.3.- TERCERA: Que se declare que la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., Nit: 844002523-1, cumplió a cabalidad con la obligación que legalmente le competía, que en este caso consistía en el suministro de aquellos medicamentos exigidos por el hospital demandado.

“1.4. CUARTA.- Que, así mismo, se declare que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit: 891855029-5, incumplió con sus obligaciones contractuales porque no ha pagado ni va a pagar las sumas de dinero correspondientes al valor de los medicamentos oportunamente entregados, el cual asciende a la suma de QUINIENTOS TREINTA CINCO MILLONES DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$535'010.217.00).

“1.5.- QUINTA.- Que por el H. Tribunal Administrativo de Casanare se liquide el contrato mencionado anteriormente, en razón (sic) la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE YOPAL, con Nit 844002523-1, no liquidó el contrato aludido siendo su obligación hacerlo.

“1.6.- SEXTA.- Como consecuencia de la anterior declaratoria de incumplimiento de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit 844002523-1, en el contrato de suministro de medicamentos, se condene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit 844002523-1, a pagar a mi

representada la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, las siguientes sumas de dinero así:

“1.6.1. La suma de SETENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$78'869.468.00), correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de noviembre de 2005, acorde a las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, junto con los intereses comerciales corrientes causados desde el 1 de diciembre de 2005 o a la suma mayor que resulte demostrada en el proceso, debidamente indexada, más los intereses a la tasa ordenada por el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 1° del Decreto 679, causados desde el 1° de enero de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“1.6.2. La suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$291'470.421.00), correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de diciembre de 2005, acorde con las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, o la suma mayor que resulte demostrada en el proceso debidamente indexada, más los intereses moratorios bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia o a la tasa ordenada por el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 1 del Decreto 679, causados desde el 1 de febrero de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“1.6.3. La suma de NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$92'873.387,00) correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de enero de 2006, acorde con las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, o la suma mayor que resulte demostrada en el proceso debidamente indexada, más los intereses moratorios bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia o a la tasa ordenada por el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 1 del Decreto 679, causados desde el 1 de marzo de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“1.6.4. La suma de SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$71'796.941.00), por concepto del suministro durante este período, de medicamentos controlados, o a la suma mayor que resulte demostrada en el proceso, debidamente indexada, más los intereses bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia o a la tasa ordenada por el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 1 del

Decreto 679, causados desde el 1 de marzo de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“1.6.5.- Por daños morales, la demandada debe pagar a la sociedad demandante la suma equivalente a quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época en que se profiera la sentencia, toda vez que su buen nombre y el de sus socios se ha visto afectado.

“1.7. SÉPTIMA: Cualquiera otra suma de dinero que resulte a favor de la contratista SOC. RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, a título de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento por parte del ente demandado.

“En la sentencia que se pronuncie en el proceso, se condenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit: 891855029-5, a pagar las anteriores sumas de dinero a favor de la contratista SOC. RUIZ AMEZQUITA Y CÍA. S. EN C., 844002523-1, con la advertencia de que a partir de la ejecutoria del correspondiente fallo se causarán intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades nacionales.

“1.8. OCTAVA: Que se condene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL con Nit: 891855029-5, al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos en que incurrió mi representado en este proceso.

“2.- PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

En el evento de ser imprósperas las pretensiones principales, de la manera más comedida, me permito formular las siguientes pretensiones subsidiarias:

“2.1. Que se declare que la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, suministró a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL medicamentos por valor de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$535'010.217.00).

“2.2. Que se declare que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit: 891855029-5, durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, recibió de la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, medicamentos por valor de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$535'010.217.00).

“2.3. Que se declare que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL, con Nit: 891855029-5, no ha pagado a la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, el valor señalado en los numerales anteriores y que de no hacerlo se presentaría un enriquecimiento injusto en cabeza del Hospital demandado y el correlativo empobrecimiento ilícito en cabeza de mi poderdante, el

que se puede cuantificar ab initio en QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$535'010.217.00).

“2.4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL con Nit 891855029-5, a pagar a mi representada la sociedad RUIZ AMEZQUITA Y CIA. S. EN C., 844002523-1, las siguientes sumas de dinero así:

“2.4.1. La suma de SETENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$78'869.468.00), correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de noviembre de 2005, acorde a las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, junto con los intereses comerciales corrientes causados desde el 1 de enero de 2005 o a la suma mayor que resulte demostrada en el proceso, debidamente indexada, más los intereses bancarios calculados a la tasa moratoria, causados desde el 1° de enero de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“2.4.2. La suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$291'470.421.00), correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de diciembre de 2005, acorde con las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, o la suma mayor que resulte demostrada en el proceso debidamente indexada, más los intereses moratorios bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia, causados desde el 1° de febrero de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“2.4.3. La suma de NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$92'873.387,00) correspondiente al valor de los medicamentos entregados en el mes de enero de 2006, acorde con las relaciones adjuntas a esta demanda, tanto de envío como de recibo a satisfacción por la entidad de los medicamentos entregados en el mes citado, o la suma mayor que resulte demostrada en el proceso debidamente indexada, más los intereses moratorios bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia, causados desde el 1° de marzo de 2006 y hasta la fecha en que realmente se efectúe el pago de la acreencia.

“2.4.4. La suma de SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$71'796.941.00), por concepto del suministro durante este período, de medicamentos controlados, o a la suma mayor que resulte demostrada en el proceso, debidamente indexada, más los intereses bancarios desde la fecha en que debió hacerse el pago de la acreencia y hasta la fecha en que se efectúe el pago de la acreencia.

“2.4.5. Por daños morales, la demandada debe pagar a la sociedad demandante la suma equivalente a quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época en que se profiera la sentencia, toda vez que su buen nombre y el de sus socios se ha visto afectado.

“2.5. Cualquiera otra suma de dinero que resulte a favor de la contratista SOC. RUIZ AMEZQUITA Y CÍA S. EN C., 844002523-1, a título de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento por parte del ente demandado.

“En la sentencia que se pronuncie en el proceso, se condenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE YOPAL, con Nit: 891855029-5, a pagar las anteriores sumas de dinero a favor de la contratista SOC. RUIZ AMEZQUITA Y CÍA. S. EN C., 844002523-1, con la advertencia de que a partir de la ejecutoria del correspondiente fallo se causarán intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades nacionales.

“4.- Que se condene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE YOPAL con Nit: 891855029-5, al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos en que incurrió mi representado en este proceso”.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 28 de febrero de 2005, la Empresa Social del Estado Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita S. en C., celebraron el contrato No. 064 cuyo objeto consistió en suministrar y distribuir, las 24 horas del día, medicamentos POS y no POS, hacer entrega de los medicamentos de control especial e insumos hospitalarios de acuerdo con las dosis solicitadas por las áreas asistenciales del Hospital. El valor del contrato fue determinado en la suma de \$1.000'000.000 que se pagaría de acuerdo con actas parciales de entrega y su plazo de ejecución se estipuló en doce meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual tuvo lugar en esa misma fecha.

2.2. El 1 de agosto de 2005, las partes suscribieron el contrato adicional No. 01 al contrato No. 064, por el cual se aumentó en un 50% su valor inicial.

2.3. Antes del vencimiento del plazo pactado dentro del contrato No. 064, se agotó el presupuesto asignado para su ejecución, razón por la cual el 27 de octubre de 2005 las partes decidieron liquidarlo de mutuo acuerdo.

2.4. Se indica en la demanda que el representante legal del Hospital contratante le solicitó verbalmente a la sociedad contratista que continuara suministrándole los medicamentos objeto del contrato No. 064, mientras legalizaban un nuevo negocio jurídico, petición que fue atendida por el demandante, quien suministró medicamentos en cuantía equivalente a \$134'892.515.

2.5. El 5 de diciembre de 2005, las mismas partes celebraron el contrato No. 194 con idéntico objeto al contenido en el negocio jurídico identificado con el No. 64 del 28 de febrero de 2005. En esta oportunidad las partes convinieron como precio la suma de \$394'812.126.00 que se

pagaría mediante actas parciales y el plazo se acordó en dos meses que vencían el 4 de febrero de 2006.

2.6. Se advierte en la demanda que el valor de los medicamentos suministrados en cumplimiento del contrato No. 194 superó el precio acordado y ascendió a \$535'010.217, no obstante lo cual el Hospital no suscribió el respectivo contrato adicional, ni canceló la totalidad de los medicamentos suministrados.

2.7. El 20 de febrero de 2006, las partes liquidaron, de común acuerdo, el contrato No. 0194 de 2005.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora invocó como vulnerados los artículos 2, 6, 83 y 90 de la Constitución Política; los artículos 4, 5, 13, 14, 17, 23, 24, 25, 27, 32, 39, 41, 42, 50 y 55 de la Ley 80 de 1993; artículos 1501, 1546, 1602, 1603, 1608, 1613, 1614, 1615, 16187 y 1653 del Código Civil; los artículos 830, 831 y 817 del Código de Comercio; los artículos 11 y 16 de la Ley 446 de 1998; y los artículos 87 y 206 al 214 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, la demandante alegó que la ESE Hospital de Yopal era la única institución de segundo nivel que existía en el departamento del Casanare, circunstancia que implicaba que la demanda de medicamentos e insumos hospitalarios fuera tan alta y que el presupuesto asignado para la ejecución del contrato No. 064 de 28 de febrero de 2005 se hubiera agotado antes de finalizar el plazo pactado.

Sostuvo que en el caso había mediado una relación contractual entre los extremos en litigio que se había concretado en la celebración de dos negocios jurídicos. En ese sentido alegó que a pesar del presupuesto asignado en ambos casos, la contratista continuó con el suministro de medicamentos e insumos que le solicitaba el Hospital contratante, bajo el entendido de que era su deber social procurar la atención de los servicios de salud que requerían los pacientes.

Agregó que con sustento en las manifestaciones verbales del representante legal del Hospital, el contratista confió en que se suscribiría un nuevo contrato para dotar de soporte negocial el suministro de los bienes dispensado tras haber finalizado el negocio, hecho que no ocurrió, como tampoco se reconocieron en su favor las sumas adeudadas.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante providencia del 27 de septiembre de 2007, dispuso la admisión de la demanda y ordenó notificar a la accionada E.S.E. Hospital de Yopal².

4.2. Por auto del 10 de julio de 2008, el Tribunal de primera instancia no aceptó la transacción o acuerdo de pago suscrito por las partes en el curso de la primera instancia³.

4.3. Mediante proveído del 17 de septiembre de 2008 la primera instancia abrió el período probatorio⁴.

² Fls. 181-182 c1.

³ Fls. 221-224 c1.

⁴ Fls. 226-227 c1.

4.4. El 12 de febrero de 2009 las partes celebraron audiencia de conciliación judicial⁵.

4.5. El acuerdo conciliatorio logrado por las partes, fue improbadado por el Tribunal *a quo* mediante auto del 11 de junio de 2009⁶.

4.6. Luego de ser apelada la anterior decisión por la parte actora, esta Corporación confirmó la providencia improbatória mediante proveído del 21 de octubre de 2009⁷.

5. Contestación de la demanda – E.S.E. Hospital de Yopal

Mediante escrito presentado dentro del término legal, la accionada contestó la demanda.

Frente a lo hechos manifestó que era cierto que la ESE había solicitado a la demandante que, en virtud de la relación contractual sostenida, le suministrara al Hospital los medicamentos durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, lo cual fue atendido por la parte actora en los valores que se indicaron en la demanda.

Adujo que no era cierto que la demandada no tuviera la intención de reconocer y pagar en favor del contratista la suma adeudada en cuantía de \$535'010.217.00, prueba de ello era la conciliación lograda con la parte actora ante la Procuraduría el 25 de octubre de 2007.

Explicó que la difícil situación financiera que atravesó el Hospital durante el año 2005 le impidió la adición de recursos para suscribir inmediatamente un nuevo contrato.

Indicó que pese a que la entidad reconocía que adeudaba a la demandante los valores pretendidos, lo que no podía pagar eran las sumas que por concepto de intereses e indexación se solicitaban. Tampoco aceptó el reconocimiento de daños morales por cuanto en el plenario no existía prueba de su causación.

De otro lado, solicitó que se tuviera en cuenta para los efectos pertinentes el acta de conciliación suscrita el 25 de octubre de 2007 por las mismas partes ante la Procuraduría 53 Judicial Administrativa.

Frente a los hechos de la demanda señaló que en el contexto normativo que regulaba la existencia y el funcionamiento del Hospital, existía la necesidad de cubrir el servicio público esencial de salud que se garantizó mediante la suscripción de los contratos Nos. 064 y 194 de 2005.

Sin embargo refirió que la ausencia de apoyo gubernamental en el departamento del Casanare trajo consigo un déficit presupuestal que ascendió a \$8.884 millones de pesos.

Reiteró que el Hospital no negaba su obligación de reconocer y pagar la suma que adeudaba a la demandante por razón del suministro de medicamentos efectuado durante los meses de noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, lo cual ascendía a \$535'010.217.

⁵ Fls. 422-424 c2.

⁶ Fls. 429-434 c1.

⁷ Fls. 480-520 c2.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

En auto del 24 de marzo de 2011 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y rindiera concepto, respectivamente⁸.

Dentro del término concedido, la parte actora y el demandado presentaron sus escritos de alegaciones en los cuales, a la luz de las pruebas recaudadas durante el debate probatorio, reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Casanare abordó el análisis de los hechos acreditados dentro de la presente causa, respecto de lo cual precisó que entre las partes se habían celebrado dos contratos.

El primero de ellos fue el contrato No. 64 del 28 de febrero de 2005, el cual fue liquidado de mutuo acuerdo el 27 de octubre de 2005. Y el segundo fue el contrato No.194, celebrado el 5 de diciembre de 2005, negocio que igualmente se liquidó de común acuerdo en el mes de febrero del año siguiente.

Ambos contratos contuvieron el mismo objeto consistente en el suministro de medicamentos POS y no POS y medicamentos de control especial requeridos por la E.S.E. Hospital de Yopal.

No obstante, el *a quo* halló serias inconsistencias entre los valores pretendidos y la información allegada a la actuación, pues algunas sumas soportadas con las facturas que eran objeto de reclamo, según constaba en el acta de liquidación ya habían sido pagadas al contratista con cargo a los negocios jurídicos referidos.

Seguidamente emprendió el examen del régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado y al efecto concluyó que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la legislación aplicable sería la civil o la comercial y no el Estatuto de Contratación Estatal.

Bajo ese entendido consideró que la inexistencia de un contrato de suministro en relación con los medicamentos entregados a la E.S.E., para satisfacer la demanda de la población beneficiaria del servicio de salud no constituía una infracción al ordenamiento de la contratación pública, por cuanto fue la misma ley la que dejó a las partes la posibilidad de convenir la forma de hacerlo.

Agregó que la presentación de las facturas para obtener el pago de los servicios prestados se encontraba regulada por el artículo 5 del Decreto 183 de 1997.

De otro lado, se pronunció frente a la improcedencia de reconocer sumas reclamadas con ocasión de la ejecución de un contrato en cuya acta de liquidación no se había dejado salvedad alguna en relación con los montos presuntamente adeudados, lo que, descendido al caso concreto impedía la prosperidad de las pretensiones económicas de la demandante.

⁸ Fls. 554 c1.

Continuando con el estudio del sublite, la primera instancia analizó las pretensiones estructuradas sobre la base de un enriquecimiento sin causa, al cabo de lo cual concluyó que el accionante tenía plena conciencia de la forma anómala en que estaba procediendo al consentir el suministro de medicamentos sin el soporte contractual respectivo.

A ello añadió que el libelista no podía excusarse en el desconocimiento de las normas que disciplinan la contratación de las empresas sociales del estado, dado que con anterioridad había celebrado contratos con la demandada y conocía las formalidades legales para el óptimo desarrollo de los mismos, de tal suerte que el presunto empobrecimiento fue producto de su propia negligencia.

8. El recurso de apelación

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, sostuvo que la providencia impugnada carecía de contenido jurídico y que constituía una denegación de justicia.

Reprochó la labor del *a quo* por no haber realizado un análisis del acervo probatorio a la luz de la sana crítica, cuestión que, en su sentir, se reflejó en el hecho de no haberse referido expresamente a la totalidad de las pruebas arrimadas al plenario, como por ejemplo al dictamen pericial rendido por el contador Omar Olaya Gaitán.

Cuestionó el hecho de que la sentencia se hubiera limitado a transcribir las consideraciones que en su momento realizó el Consejo de Estado al improbar el acuerdo conciliatorio logrado con la entidad demandada.

A la par con lo anterior tildó de inaceptable la afirmación de que el empobrecimiento de la demandante se hubiera debido a su propio actuar negligente e imprudente, pues tal apreciación resultaba contraria a la realidad nacional y a la crisis del sistema de salud que imponían la prestación continua del servicio, muchas veces, sin obtener la remuneración de manera oportuna.

Refutó las afirmaciones del *a quo* de conformidad con las cuales las partes habían confesado falsedades y conductas al margen de la ley, habida consideración de que la actuación desplegada por la contratista en momento alguno se dirigió a la comisión de actos delictivos.

Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la etapa de alegatos, los cuales se condensan así:

Para el libelista se encontraba demostrado que el 28 de febrero de 2005 las partes suscribieron el contrato de suministro de medicamentos No. 064, el cual fue liquidado de mutuo acuerdo en octubre de 2005 tras haberse agotado el presupuesto asignado y haberse cumplido su objeto a satisfacción.

Precisó que no obstante lo anterior el representante legal de la E.S.E., de cara a la crisis presupuestal que atravesaba la entidad en ese momento, le solicitó verbalmente a la contratista que continuara con el suministro de los medicamentos hasta tanto se logara formalizar un nuevo acuerdo contractual, petición que fue atendida por el demandante, quien continuó

entregando los medicamentos durante los meses de noviembre y diciembre de 2005, por ser una prestación directamente relacionada con el servicio de salud.

Indicó que una vez se apropiaron los recursos respectivos, el 5 de diciembre de 2005 las partes suscribieron un nuevo contrato de suministro con el mismo objeto que el anterior.

Las sumas pretendidas como consecuencia del suministro de los medicamentos fueron las siguientes:

- \$78'689.468 correspondiente al mes de noviembre de 2005.
- \$233'176.337 correspondiente al mes de diciembre de 2005.
- \$74'298.710 correspondiente al mes de enero de 2006.
- \$71'796.941.00 en razón de los medicamentos controlados, suministrados durante los períodos señalados.

En ese punto sostuvo que las sumas relacionadas no habían sido canceladas por la demandante.

De otro lado, explicó que los medicamentos suministrados entre el 27 de octubre y el 5 de diciembre de 2005 se pagaron con cargo al presupuesto del contrato No. 0194 celebrado en esta última fecha, pero para la fecha de la suscripción el valor del mismo ya se había agotado y superado en \$134'892.515, es decir, que para la fecha de su suscripción el contrato ya se había ejecutado en un 100%.

Sobre el particular, el apelante afirmó que el acta de liquidación del contrato No. 194 fue suscrita para demostrar que el contratista había cumplido con sus obligaciones negociales, pero en ella no constaban las obligaciones por los medicamentos entregados después de esa fecha en cuantía de \$442'367.562, además de lo cual indicó que se había inducido a error al contratista para su suscripción, pues se le manifestó que se promovería una conciliación extrajudicial que nunca se llevó a cabo.

Señaló que de las pruebas testimoniales y de los soportes de los medicamentos suministrados se desprendía con claridad que la suma adeudada al demandante ascendía a \$535'010.217.

Advirtió que la contratista obró de buena fe al continuar con el suministro de los medicamentos sin soporte contractual y que su actuación estuvo determinada por la necesidad social de garantizar la prestación del servicio de salud, máxime cuando para la fecha de los hechos se presentó una epidemia de dengue hemorrágico que debía ser atendida de manera inmediata.

Por último, manifestó que la entidad en todo momento había estado presta a cancelar el valor de los elementos suministrados, según se evidenciaba de la conducta asumida en la audiencia de conciliación celebrada ante la Procuraduría.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. Mediante providencia del 25 de febrero de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante⁹.

⁹ Fls. 607 a 610 del cuaderno principal.

9.2. Por medio de providencia del 20 de marzo de 2013, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, las partes guardaron silencio.

A su turno, la vista fiscal, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que la sentencia recurrida merecía ser confirmada.

Como fundamento de su dicho sostuvo que el suministro de los medicamentos cuyo valor se reclamaba no se había efectuado al amparo de un contrato, sino de un acuerdo verbal en virtud del cual se prometió por parte del Hospital la suscripción de contratos posteriores.

En ese orden anotó que la acción procedente no era en realidad la de controversias contractuales, por cuanto los negocios jurídicos celebrados se habían liquidado sin observación, de tal suerte que las sumas pretendidas por fuera del vínculo negocial debían ser reclamadas a través de la actio in rem verso.

Enfatizó en que la demandante había cometido una infracción al régimen de contratación de la entidad, en atención a que cuando se celebró el contrato No. 0194 ya se había ejecutado e incluso resultaría deficitaria la partida allí pactada.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado en los asuntos en los que sea parte una Empresa Social del Estado; **2)** presupuestos procesales; **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa **3)** las pruebas aportadas al proceso; **4)** régimen jurídico contractual de la Empresa Social del Estado Hospital de Yopal; **6)** análisis del caso **6.1)** del vínculo contractual sostenido entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C. desde el 5 de diciembre de 2005 y durante enero de 2006; **6.2)** del vínculo contractual sostenido entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cia. S en C. entre el primero de noviembre de 2005 hasta el 4 de diciembre de ese año; **6.2.1)** sobre la tipología contractual que habría de cobijar las prestaciones ejecutadas por la demandante entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año; **6.2.2)** del perfeccionamiento del contrato de suministro al tenor del derecho privado y su aplicación al caso concreto; **6.2.2.1)** de la apropiación, la disponibilidad y el registro presupuestal en el caso de las Empresas Sociales del Estado; **6.3)** lo que se debe a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. por el suministro de medicamentos bajo el amparo del contrato de suministro que existió desde 1 de noviembre de 2005 al 4 de diciembre del mismo año y **7)** costas.

; **vi)** la tipología contractual que amparó las prestaciones ejecutadas objeto de reclamación; **vii)** el perfeccionamiento del contrato de suministro al tenor del derecho privado y su aplicación al caso concreto; **viii)** consideraciones atinentes a la apropiación, la disponibilidad y el registro presupuestal en el caso de las Empresas Sociales del Estado; **ix)** lo que se debe al demandante por razón de las prestaciones ejecutadas y **x)** las costas del proceso.

1.- Competencia del Consejo de Estado en los asuntos en los que sea parte una Empresa Social del Estado

1.1.1- El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, vigente para la época de presentación de la demanda, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la existencia y cumplimiento de un contrato de suministro suscrito entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., entre los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006.

En este punto cabe recordarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, la prestación de los servicios de salud por parte de la Nación o por las entidades territoriales se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, las cuales 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.

Así las cosas, se precisa que la parte demandada, Hospital de Yopal, es una Empresa Social del Estado y, en ese orden, con sujeción a lo dispuesto en la norma que acaba de referirse, ostenta la naturaleza de entidad pública.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de las controversias en las que fueran parte las Empresas Sociales del Estado:

“Para al caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998. En estos términos, por el simple de hecho de poseer esa naturaleza, su juez tanto para los procesos ordinarios –salvo lo previsto en la ley 1107 de 2006- como para el recurso extraordinario del cual se ahora se conoce [es decir, el de anulación de laudos arbitrales], es el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”¹⁰.

En consecuencia, con apoyo en las pautas legales y jurisprudenciales referidas, al margen del régimen legal de contratación que la gobierne, esta Jurisdicción es la competente para decidir las controversias contractuales en que la Empresa Social del Estado demandada sea parte.

1.1.2.- También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$291'470.421.00, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$216'855.000)¹¹, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005 para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

¹⁰ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de febrero de 2010, expediente No. 37.004, C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ La demanda se presentó en septiembre del 2007, año para el cual el salario mínimo legal mensual fue de \$433.700.

2. Presupuestos procesales

2.2. Procedencia y oportunidad de la acción

El presente debate versa sobre la existencia de un contrato de suministro de medicamentos celebrado entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita y Cía. S en C., cuya vigencia se prolongó desde noviembre de 2005 hasta enero de 2006, aspecto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (...).”

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993, en materia contractual las empresas sociales del Estado se registrarán por el derecho privado.

Establecido lo anterior, para la Sala conviene reiterar en esta oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal

sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado¹² (Se destaca).

Se encuentra acreditado en el expediente que el 5 de diciembre de 2005 la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita y Cía. S. en C., celebraron el contrato de suministro de medicamentos No. 194, acuerdo que, según la demandante y sin el ánimo de convenir anticipadamente sobre su congruencia con el ordenamiento jurídico, cobijaba los servicios prestados en el mes de noviembre, es decir, con anterioridad a su celebración y que también son materia de reclamación.

El contrato en mención fue liquidado de común acuerdo mediante acta del 20 de febrero de 2006, aspecto que en todo caso será retomado más adelante para efectos de precisar el contenido y el alcance de la liquidación del negocio jurídico sometido al régimen del derecho privado, fecha a partir de la cual las partes tenían dos (2) años para formular la demanda correspondiente, los cuales vencían el 21 de febrero de 2008. Así las cosas, al haberse impetrado la demanda el 20 de septiembre de 2007, se deduce que la acción se interpuso dentro del término legal.

Ahora bien, bajo el entendido de que los bienes suministrados en los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006 no se hubieren hallado amparados en el anterior acuerdo contractual, como lo sugieren las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda, aún en ese caso y atendiendo a la hipótesis de que el asunto debiera resolverse a la luz de la teoría de la actio in rem verso, la acción que habría de corresponder, esto es, la de reparación directa, tampoco estaría caducada, por cuanto ni siquiera desde la fecha en que habría iniciado el suministro de los medicamentos –noviembre de 2005- y la fecha en que se presentó la demanda –septiembre de 2007- habrían transcurrido los dos años de caducidad.

2.3. Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., para integrar el extremo demandante, pues obran elementos probatorios que dan cuenta de que esa sociedad suministró medicamentos a la E.S.E. Hospital de Yopal dentro del período objeto de reclamación.

Igualmente halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a la E.S.E. Hospital de Yopal, dada su condición de entidad receptora de los medicamentos suministrados y a quien se atribuye la falta de pago de los mismos.

3. Las pruebas aportadas al proceso

3.1. Documentales

Al proceso se aportaron válidamente los siguientes documentos:

3.1.1. Contrato de suministro de medicamentos No. 064, celebrado el 28 de febrero de 2005 entre la E.S.E. Hospital del Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cia. S. en C.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero, postura reiterada recientemente por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en decisión del 14 de octubre de 2015, proferida dentro del expediente número 48502, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.



(fls. 74-78 c2).

3.1.2. Otro sí al contrato No. 064, suscrito el 12 de mayo de 2005 (fls. 80 c2).

3.1.3. Contrato adicional No. 01 al contrato 064, celebrado el 1 de agosto de 2005 (fl. 81 c2).

3.1.4. Actas de pago parcial Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, correspondientes al contrato No. 064 de 2005, suscritas por las partes de esta controversia entre el 2 de abril de 2005 y 15 de septiembre del mismo año (fls. 82-93 c2).

3.1.5. Acta de liquidación bilateral del contrato No. 064 de 2005, firmada el 27 de octubre de 2005 (fl. 94 c2).

3.1.6. Invitación formulada el 28 de noviembre de 2005 por la E.S.E. Hospital de Yopal a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S en C., a la sociedad Drogas La Avenida y a la sociedad Interdent para que presentaran propuesta para el suministro y distribución, las 24 horas del día, de los medicamentos necesarios, incluidos los medicamentos de control especial para asegurar la adecuada terapéutica de los pacientes (fls. 127 a 132 c3).

3.1.7. Informe de evaluación de las ofertas efectuado el 5 de diciembre de 2005 por el Comité de la E.S.E. Hospital de Yopal (fls. 237-238 c3).

3.1.8. Resolución No. 708 de 5 de diciembre de 2005, por la cual la E.S.E. Hospital de Yopal adjudicó a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., la contratación para el suministro de medicamentos (fls. 234-235 c3).

3.1.9. Contrato de suministro de medicamentos No. 194, celebrado el 5 de diciembre de 2005 entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C. (fls. 67-71 c2).



3.1.10. Acta de inicio de la ejecución del contrato No. 194, suscrita el 5 de diciembre de 2005 (fl. 72 c2).

3.1.11. Actas Nos. 01 y 02 de pago parcial del contrato No. 194, suscritas por las partes el 20 de febrero de 2006 (fl. 252 y 258 c23).

3.1.12. Acta de liquidación bilateral del contrato No.194 de 2005, firmada el 20 de febrero de 2006 (fl. 264 c3).

3.1.13. Relación de medicamentos suministrados durante los meses de noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, por la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., elaborada por la E.S.E. Hospital del Yopal (fls. 266-339 c3, fls. 39-92 c4, fls. 103-137 c2).

3.1.14. Certificación expedida el 2 de octubre de 2008, por la Tesorería de la E.S.E. Hospital de Yopal, en donde consta que no figura pago alguno realizado a la firma Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., en cuantía de \$442'367.562 por concepto de suministro de medicamentos durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006 (fls. 342 c3).

3.2. Prueba testimonial

3.2.1. Testimonios rendidos por los señores Fernando Villanueva Peñaranda, Alexander Murillo Parales y Julio Roberto Fonseca Cely, quienes, en sus condiciones de subgerente de prestación de servicios del Hospital, almacenista de la misma entidad y administrador de la farmacia, respectivamente, declararon lo que les constaba acerca del suministro de medicamentos por parte de la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., en favor de la E.S.E. Hospital del Yopal (fls. 9-13 c3).

3.3. Interrogatorio de parte

3.3.1. Declaración de parte rendida por el señor Israel Ruiz Riaño, representante legal

de la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C. (fls. 14-16 c3).

3.4 Informe juramentado

3.4.1. Informe rendido bajo la gravedad de juramento por el representante legal de la E.S.E. Hospital de Yopal (fls. 17-18 c3).

3.5. Prueba pericial

3.5.1. Dictamen pericial rendido por el contador público Omar Olaya Gaitán con el fin de acreditar los valores adeudados a la demandante con ocasión del suministro de los medicamentos durante el lapso objeto de reclamación (fls. 352-450 c3)

3.6. Consideraciones probatorias - De la valoración probatoria de las Actas de Conciliación y de las actas del comité de defensa judicial y conciliación

Uno de los argumentos de la alzada consistió precisamente en que las pretensiones de la demanda debían despacharse favorablemente por cuanto la entidad demandada, en el trámite de la audiencia de conciliación adelantada ante la Procuraduría, había reconocido y aceptado que adeudaba una suma de dinero a la demandante por concepto del suministro de medicamentos llevado a cabo entre noviembre de 2005 y enero de 2006.

Al respecto, merece la pena señalar que esta Subsección ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación extrajudicial o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas, como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de tener por demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en una acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido acuerdo que posteriormente se le imputen dentro de un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben hacerse extensivas al caso concreto.

Al respecto, esta Subsección consideró:

“Al plenario se aportaron dos actas que corresponden a las sesiones de Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la entidad demandada, una de fecha 16 de mayo de 2000 (fl. 158-161 c1), y la otra del 12 de julio de 2001 (fs. 228-234 c1) en las cuales la entidad proyectó un acuerdo conciliatorio con el objeto de reconocer y pagar a la sociedad demandante una suma de dinero por concepto de almacenamiento de mercancías aprehendidas, decomisadas y abandonadas en favor de la Nación.

“Al respecto, la Sala considera que el contenido de dichos documentos no es pasible de ser valorado como prueba en contra de la entidad de la cual emanan, puesto que si bien la conciliación se instituye como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual las partes libremente intentan un acercamiento como medio para resolver sus discrepancias, lo cierto es que lo que en desarrollo de dicho trámite extrajudicial se ventile no puede ser utilizado por las partes como prueba de la responsabilidad que se endilga a su futuro opositor en el debate judicial.

“Aceptar un planteamiento contrario constituiría sin duda un desestímulo para en lo sucesivo llevar avante prácticas conciliatorias, ante el temor que generaría el hecho de que una vez se intente lograr una conciliación sin que se llegue a acuerdo, el camino recorrido en ese procedimiento materializado en la aproximación libre y voluntaria de las partes, así como la proposición de fórmulas para un eventual arreglo, posteriormente se convierta en un arma en contra de la entidad a partir de la cual se le condene o se le enjuicie, sin más prueba que la sola intención de intentar un arreglo directo sin acudir a los estrados judiciales.

“En esa medida si uno de los fines que se persigue con la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad es precisamente el de descongestionar la actividad jurisdiccional, tal propósito quedaría anulado por completo en el evento de otorgar mérito probatorio en contra de la entidad a las actas del comité de conciliación de esas mismas entidades públicas.

“Además de lo anterior, cabe agregar que la naturaleza vinculante de un pacto conciliatorio en materia contenciosa no emana de la simple manifestación de las partes de obligarse a cumplirlo, sino de que el mismo sea aprobado por la autoridad judicial competente para conocer la acción que correspondiese ejercer en el caso de no haberlo logrado, aprobación que además de la exigencia sobre la existencia misma del acuerdo y de la facultad con que cuentan las partes para realizarlo, debe sustentarse en la verificación de las pruebas que soporten la viabilidad jurídica del mismo en términos, tanto de oportunidad, como de ausencia de lesividad para el patrimonio público.

“En consecuencia, por las razones puestas de presente, la Sala estima que no hay lugar a valorar como prueba de la alegada responsabilidad de la entidad

demandada las actas de su Comité de Conciliación aportadas al plenario, como tampoco podrían serlo las fórmulas, propuestas, argumentaciones o reflexiones que acerca de un eventual arreglo conciliatorio hubieren examinado, expuesto o planteado en sede de conciliación -extrajudicial o incluso judicial-, las partes del litigio o solo una de ellas”¹³.

Con fundamento en el referente jurisprudencial que antecede, la Sala se abstendrá de otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en el acta de conciliación del 25 de octubre de 2007 y en el acta de reunión del Comité de Conciliación de la E.S.E. Hospital de Yopal, celebrada el 4 de noviembre de 2008, pues en virtud de su contenido no se pueden tener por demostrados los supuestos de hecho en los cuales se funda la presente reclamación.

4. Del régimen contractual de la E.S.E. Hospital de Yopal

Aun cuando, según lo advertido con anterioridad, en atención a su naturaleza de Empresa Social del Estado, el Hospital de Yopal participa del carácter de entidad pública, no por ello a los contratos por ella celebrados les resulta aplicable el Estatuto de Contratación de la Administración recogido en la Ley 80 de 1993, ya que en virtud de lo establecido por el mismo legislador la actividad negocial de ese tipo de entidades, como de algunas otras, se encuentra excluida de la cobertura de aquella preceptiva legal.

En efecto, de conformidad con la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud se consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO. 195.- Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“(…)

“6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Con sujeción a la norma legal en referencia, los contratos celebrados por la E.S.E. Hospital de Yopal se habrían de regir por el derecho privado.

No obstante, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política y el ya citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en el caso específico de los contratos de las Empresas Sociales del Estado, la contratación debe tener siempre en cuenta que la salud es un servicio público y que el objeto social de la “ESE” como empresa estatal contratante lo constituye “la prestación de los

¹³ Subsección A, de la Sección Tercera, 30 de octubre de 2013, expediente 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada por la Subsección en sentencia del 15 de abril de 2015, proferido dentro del expediente número 33.173, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social”¹⁴.

Por ello, cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo de aplicación imperante al negocio jurídico, la entidad pública no se encuentra relevada de observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política¹⁵, tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007¹⁶.

Así lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación en el caso específico de las Empresas Sociales del Estado al sostener que:

*“En conclusión, todo esto significa que ni antes ni después del 2007 las Empresas Sociales del Estado podían inaplicar el artículo 209 de la Constitución Política, porque está inescindiblemente relacionado con la moralidad, la continuidad, la prestación efectiva de los servicios públicos y la garantía de los derechos ciudadanos.
“(...).*

“El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad absoluta –propia del positivismo jurídico-

¹⁴ En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional definió la exequibilidad de la creación legal de las Empresas Sociales del Estado realizada en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y se pronunció, así: *“En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”.*

¹⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 209. *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁶ **“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.*

sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió”¹⁷.

Siguiendo esa dirección, la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal.

Ahora bien, en cuanto concierne a los requisitos de existencia y formación de los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado, vale anotar que por tratarse de entidades excluidas de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, para predicar el nacimiento a la vida jurídica de los negocios por ellas celebrados no se observarán las formalidades contempladas por los artículos 39 y 41 de esa compilación normativa y para esos efectos deberá acudirse a las disposiciones que la legislación comercial y civil contemple respecto de la tipología contractual que corresponda.

De acuerdo con lo expuesto y teniendo en cuenta que en el caso que se somete a consideración se encuentra en discusión la existencia e incumplimiento de un contrato de suministro de medicamentos celebrado por la empresa social del Estado Hospital de Yopal y la sociedad demandante entre noviembre de 2005 y enero de 2006, procede la Sala a decidir la controversia, según los lineamientos trazados, a la luz del régimen jurídico que debió informar la supuesta relación comercial que no es otro que el del derecho privado, sin perjuicio de la exigencia del respeto y acatamiento de los principios en que se deben cimentar todas las actuaciones de las entidades públicas.

6. Análisis del caso

Como pretensión principal se formuló la de declarar la existencia de un contrato de suministro de medicamentos celebrado entre la sociedad Ruiz Amezcua & Cía. S. en C., y la E.S.E. Hospital de Yopal durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, así como la declaratoria de su incumplimiento consistente en la falta de pago de los elementos entregados en cuantía de \$535'010.217.00.

¹⁷ Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 8 de abril de 2014, expediente: 25.801, C.P. Enrique Gil Botero.



Subsidiariamente, la parte actora solicitó que se declarara la existencia de un enriquecimiento sin causa con ocasión del suministro de medicamentos realizado entre los meses de noviembre de 2005 y enero de 2006, sin contar con el debido soporte contractual.

Para resolver se encuentra acreditado que:

El 28 de febrero de 2005, la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S en C., celebraron el contrato No. 064 cuyo objeto consistió en suministrar y distribuir, las 24 horas del día, los medicamentos POS y no POS y los medicamentos de control especial e insumos hospitalarios, de acuerdo con las unidosis solicitadas por las áreas asistenciales del Hospital de Yopal E.S.E.

El valor del contrato se fijó en la suma de \$1.000'000.000 y el plazo, en 12 meses contados a partir de su legalización y de la suscripción del acta de inicio, hecho que tuvo lugar el 28 de febrero de 2005, de donde se colige que, en principio, el plazo del contrato vencería el 28 de febrero de 2006.

Mediante Otro sí al contrato No. 064, suscrito el 12 de mayo de 2005, se precisó que, a su turno, el contratista pagaría a la entidad un canon de arrendamiento mensual equivalente a \$500.000, por el uso del local de la farmacia, suma que se descontarían al contratista de las facturas en las que constara el suministro.

En esa misma fecha, las partes efectuaron la adición No. 1 al contrato 064 en la suma de \$500'000.000, debido a las grandes cantidades de medicamentos requeridos por los pacientes del Hospital de Yopal.

Durante la ejecución del contrato No. 064, las partes suscribieron 11 actas de pago parcial.

El 27 de octubre de 2007, los extremos co-contratantes, de común acuerdo,

suscribieron el acta de liquidación final del contrato, en la cual dejaron constancia de que se declaraban a paz y salvo mutuamente y no se dejaba salvedad alguna sobre observaciones y objeciones.

Reposan en el expediente algunas constancias suscritas entre las partes en donde se plasma que en el mes de noviembre de 2005 el contratista continuó despachando medicamentos, tal cual se afirmó en el acta de revisión de soportes de medicamentos. Así también se evidencia de lo consignado en la certificación expedida el 2 de octubre de 2008, por la Tesorera del Hospital de Yopal¹⁸.

Así mismo, se desprende del testimonio del médico Fernando Villanueva Peñaranda, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Subgerente de Prestación de Servicios del Hospital e interventor del contrato No. 064.

El 28 de noviembre de 2005, la E.S.E. Hospital de Yopal formuló invitación a la sociedad Ruiz Amezcua & Cía. S en C., a la sociedad Drogas La Avenida y a la sociedad Interdent para que presentaran propuestas para el suministro y distribución, las 24 horas del día, de los medicamentos necesarios, incluidos los medicamentos de control especial para asegurar la adecuada terapéutica de los pacientes que utilizaban los diferentes servicios intrahospitalarios y de urgencias de ese Hospital, así como la distribución de insumos que el Hospital debía entregar en las diferentes áreas asistenciales.

Las tres sociedades convocadas atendieron la invitación y presentaron ofertas.

El 5 de diciembre de 2005, se reunió el comité de evaluación del Hospital y, luego de valorar las propuestas, recomendó adjudicar el contrato a la sociedad Ruiz Amezcua & Cía. S. en C., por cuanto su oferta obtuvo la mejor calificación.

¹⁸ Fls. 25 c4.



El gerente del Hospital de Yopal decidió acoger la recomendación del comité evaluador y mediante Resolución No. 708 del 5 de diciembre de 2005 adjudicó el contrato de suministro a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C.

Como resultado de lo anterior, el 5 de diciembre de 2005, la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., celebraron el contrato de suministro No. 194, con idéntico objeto al identificado con el número 064. En esta oportunidad el valor del contrato se determinó en la suma de \$394'813.126 y su vigencia, en dos meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

En el término de ejecución del contrato en referencia se elevaron dos actas de pago parcial.

Finalmente, el 20 de febrero de 2006, las partes, de común acuerdo, realizaron la liquidación final del negocio jurídico No. 194 de 2005 y se declararon a paz y salvo mutuamente.

Teniendo en cuenta el escenario fáctico que viene de resumirse, procede la Sala a resolver la alzada, para cuyo efecto se referirá en primer lugar a la existencia del vínculo contractual que se alega en la demanda.

En ese sentido y en consideración a que el período de reclamación abarca los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, la Sala partirá de referirse a lo ocurrido desde el 5 de diciembre de 2005 y durante enero de 2006, período para el cual no existe duda acerca de la existencia de la relación contractual sostenida entre las partes y, una vez evacuado lo anterior, abordará lo relativo a lo sucedido en noviembre de 2005.

6.1. Del vínculo contractual sostenido entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C. desde el 5 de diciembre de 2005 y durante enero de 2006



Como se anticipó, el 5 de diciembre de 2005 las partes en comento celebraron el contrato No. 194, cuyo objeto lo constituyó el suministro de medicamentos POS, no POS y de control especial para la E.S.E. Hospital de Yopal.

Ahora, a pesar de que en la demanda y en el recurso se sostuvo reiteradamente que dicho negocio se celebró para legalizar y cobijar de soporte contractual el suministro de medicamentos efectuado en el mes de noviembre de 2005, es decir, para amparar lo que comúnmente se conoce como “*hechos cumplidos*”, lo cierto es que dicha afirmación entra en abierta contradicción con algunas evidencias probatorias que obran en el plenario.

En efecto, no puede perderse de vista que la celebración del contrato No. 194 del 5 de diciembre de 2005 estuvo precedida por un procedimiento de selección llevado a cabo para procurar la escogencia de la mejor propuesta, al que concurrieron tres sociedades que presentaron sus respectivas ofertas y se sometieron a la correspondiente etapa de evaluación, luego de lo cual resultó favorecida con la adjudicación la sociedad demandante.

Ante este panorama, aceptar el planteamiento del libelista, de conformidad con el cual el contrato No. 194 se celebró para revestir de fundamento contractual unas actuaciones surtidas con antelación a la fecha de su nacimiento a la vida jurídica, equivaldría a sostener al mismo tiempo que el procedimiento de selección adelantado para escoger al contratista de ese negocio jurídico fue una maniobra artificiosa por parte de ambos extremos encaminada a dotar de legalidad una situación pre acordada, circunstancia que no puede ser prohijada por esta instancia y menos aún puede derivarse derecho alguno de ese proceder irregular que iría en contravía de las reglas y principios que informa la contratación de las entidades públicas, con independencia de que este caso se rijan por el derecho privado.

Así pues, y bajo la comprensión de que el contrato No. 0194 fue celebrado válidamente por las partes como resultado de la invitación a contratar formulada por la entidad a varias sociedades y como consecuencia del acto de adjudicación vertido en la

Resolución No. 708 del 5 de diciembre de 2005, debe tenerse en cuenta que dicho negocio jurídico, luego de finalizar el plazo contractual convenido y de agotarse el presupuesto asignado para su ejecución, fue liquidado de común acuerdo por las partes mediante acta del 20 de febrero de 2006, en la cual se consignó lo siguiente:

“En Yopal Casanare, a los 20 días del mes de Febrero de 2006, se reunieron el Doctor FERNANDO VILLANUEVA P. Subgerente de Prestación de Servicios e ISRAEL RUIZ RIAÑO, identificado con la CC No. 9’652.232 de Yopal, quien actúa en nombre y representación legal de la firma RUIZ AMEZQUITA Y CÍA. SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE, quien se denomina el CONTRATISTA quienes han acordado celebrar la presente ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD No. 194 DE 2005. Una vez efectuada la revisión de los soportes y cuantificadas las cantidades reales EFECTUADAS (ver anexos), el contrato tiene la siguiente liquidación final.

“VALOR CONTRATO	\$394’813.126
VALOR CANCELADO ACTA 01	\$113’374.659
VALOR CANCELADO ACTA 02	\$211’618.600
<u>VALOR PRESENTE ACTA</u>	<u>\$69’819.867</u>
SUMAS IGUALES	\$394’813.126
MENOS DESCUENTO POR DEVOLUCIONES	\$6’724.293
TOTAL A PAGAR PRESENTE ACTA	\$63’095.574

“SON: SESENTA Y TRES MILLONES, NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS MCTE.

“El contratista cumplió con el 100% del objeto, desarrollando el Plan de Actividades, los lugares y comunidades a atender, de acuerdo a lo establecido en la propuesta presentada por el contratista y en el contrato No. 194 de 2005. El interventor manifiesta estar de acuerdo con el desarrollo del programa y hace las siguientes observaciones:

“1).- El descuento que se hace en la presente acta por valor de SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MCTE. (\$6’724.293) corresponde al valor de los medicamentos devueltos por el Hospital a la farmacia por sobrarle a los pacientes y de brigadas extramurales que eran descargados en el sistema de facturación, los cuales ya fueron facturados por el contratista en meses anteriores (ver soportes actas).

“Por considerar que las actividades desarrolladas por el contratista cumplieron con su objetivo, las partes, de común acuerdo, y en cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, dan por liquidado el contrato No. 194 DE 2005 con

RUIZ AMEZQUITA Y CÍA. SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE, declarándose las partes a PAZ Y SALVO mutuamente, por lo cual no se deja constancia alguna sobre observaciones u objeciones”.

Se desprende de la literalidad del acta en cuestión, que al liquidar definitivamente el contrato No. 194 las partes se declararon a paz y salvo mutuamente y se abstuvieron de dejar salvedad alguna en cuanto al monto que allí se consignaba como debido, ejecutado y pagado.

Ahora, si bien el acuerdo al que se hace referencia se produjo dentro del marco de un contrato regido, en forma principal, por las normas del derecho privado, en el cual no se encuentra, por regla general, contemplada la de la liquidación del contrato, en este caso se trató de un ejercicio de la autonomía de la voluntad conducido por los principios de la buena fe y la confianza legítima, en razón de lo cual la Sala le dará el alcance y el significado que le ha otorgado a los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993 en los términos que se expresan a continuación.

A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado¹⁹ que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta la misma contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna.

Atendiendo a esa lógica, el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiera guardado silencio.

La anterior regla encuentra su soporte jurídico en la doctrina de los actos propios, con sujeción a la cual “*a nadie le es lícito venir contra sus propios actos*”, la cual encuentra sólido sustento en el principio de la buena fe o “*bona fides*” que debe imperar en las relaciones jurídicas.²⁰

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

²⁰ La jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:
La expresión “buena fe” o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobra

Se impone agregar que el alcance y el sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, de tal suerte que solo a partir de su contenido será posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro y, de ser así, en qué cuantía:

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento”²¹.

Ahora, en lo atinente a los efectos derivados de la liquidación de un contrato, la Sala ha establecido, de manera reiterada, que:

“... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ...”²².

En decisión posterior la Sala mantuvo su postura al advertir:

“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el

en dos direcciones: Primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a la exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958).

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. M.P. Daniel Suarez Hernández. Este pronunciamiento fue recogido y reiterado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

*consentimiento sin vicios rigen en su integridad*²³.

Así pues, con apoyo en la tesis jurisprudencial que impera en la materia, es claro que aun cuando durante los meses de diciembre de 2005 y enero de 2006, efectivamente existió entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S en C., una relación contractual instrumentada a través de la celebración del contrato No. 194 de 2005, ciertamente al liquidarlo definitivamente de común acuerdo, de manera libre y voluntaria, sin dejar salvedad alguna en cuanto a deudas pendientes por suministro de medicamentos sin pagar, renunciaron a cualquier controversia que se suscitara en relación con su ejecución.

En los términos expuestos resulta evidente que en el presente caso el demandante no cumplió en debida forma con el presupuesto indispensable para la prosperidad de sus pretensiones, tendientes a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato de suministro vigente durante los meses de diciembre de 2005 y enero de 2006, en tanto que, a pesar de haber comparecido libremente a suscribir el acta de liquidación del contrato No. 194, según se observa del texto mismo del acto liquidatorio, no solo no elevó salvedad alguna respecto de inconformidades o discrepancias en relación con el ajuste final de cuentas que allí se consignó, sino que –al contrario- de manera expresa, precisa y espontánea manifestó que se declaraba a paz y salvo mutuamente.

En consecuencia, si de forma conjunta y expresa, las partes manifestaron que se encontraban a paz y salvo en cuanto al cumplimiento de las prestaciones contractuales, no resulta viable jurídicamente interpretar o desprender algo distinto o contrario a lo que de su mismo contenido literal emana.

Es del caso precisar también que esta conclusión no cambia porque existan pruebas en el proceso acerca de que algunas de las reclamaciones hubieren sido presentadas con posterioridad a la liquidación del contrato ante el Hospital o porque existan certificaciones expedidas o informes rendidos por la entidad en donde consta que se adeudan al contratista sumas de dinero por el suministro de medicamentos realizado durante los meses de diciembre de 2005 y enero de 2006, esto es, en vigencia del contrato No. 0194, dado que ello no eximía al contratista de cumplir la carga de dejar las constancias concretas de inconformidad correspondientes en el acta de liquidación, momento determinante para estos efectos²⁴.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ Sobre el particular ver sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 13 de noviembre de 2007, expediente 21.865, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“Ahora bien, no desconoce la Sala que en el expediente reposan las actas de reajuste de precios suscritas por ambas partes entre los meses de abril y diciembre de 1997 y que hoy sirven como fundamento de su reclamación de incumplimiento contractual, como tampoco ignora el oficio suscrito el 30 de agosto de 1999 por el Director Administrativo del municipio de Tauramena, mediante el cual rindió concepto con destino a la oficina jurídica del mismo ente territorial en el sentido de advertir que los cálculos de los reajustes de precios cobrados por el consorcio eran correctos y debían pagarse.*

De conformidad con lo expuesto, es del caso concluir que no obstante haberse acreditado la existencia de la relación contractual entre las partes durante los meses de diciembre de 2005 y enero de 2006, por cuenta de la suscripción del contrato No. 194, ciertamente al haberse liquidado el mismo de manera bilateral sin salvedad alguna no resulta viable acceder a algún tipo de reclamación que por concepto de su ejecución se suscita en esta instancia.

6.2. Del vínculo contractual sostenido entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S en C. entre el primero de noviembre de 2005 hasta el 4 de diciembre²⁵ de ese año

Según se advirtió anteladamente, en febrero de 2005 la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S en C., celebraron el contrato No. 064 al que denominaron “de suministro”, cuyo plazo se pactó en doce (12) meses.

No obstante, antes de cumplirse el plazo estipulado se agotó el presupuesto del contrato, por lo que el 27 de octubre de 2005, las partes, de mutuo conceso, decidieron liquidarlo definitivamente declarándose a paz y salvo y extinguiendo así el vínculo obligacional.

Sin embargo, con posterioridad a su culminación, dada la necesidad de continuar de manera ininterrumpida con el suministro de medicamentos lo que se determinó en parte por la gran demanda de atención de los usuarios en la zona debido a la epidemia de dengue hemorrágico que se presentó para esa fecha, la gerencia del Hospital le solicitó verbalmente al contratista que siguiera entregando los medicamentos requeridos, mientras se suscribía un nuevo contrato, para lo cual debían apropiarse los recursos necesarios.

Tal cual se desprende de la declaración testimonial rendida por el médico Fernando Villanueva Peñaranda, Subgerente de Prestación de Servicios del Hospital, quien sobre la actitud asumida por el gerente de la E.S.E., afirmó:

“Nuevamente me manifestó que se había llegado a un acuerdo con el contratista en el sentido de que siguiera suministrando los medicamentos y que esa deuda se iba a cancelar a medida que se fueran haciendo las apropiaciones presupuestales para tal fin”.

Igualmente, el testimonio del señor Julio Roberto Fonseca Cely, administrador de la farmacia, dio cuenta de que:

“Sin embargo, para la Sala los referidos documentos no tienen la virtualidad de desvirtuar el contenido del acta de liquidación bilateral y los efectos vinculantes que de la misma se desprenden. Como primer aspecto de relevancia en relación con esta cuestión, ha de señalarse que la parte actora no alegó que en la suscripción del acta de liquidación bilateral hubiese tenido cabida algún vicio del consentimiento que condujera a su invalidación, único evento en el que procedería el desconocimiento de lo plasmado por las partes en el acuerdo liquidatorio”.

Esta postura fue reiterada en sentencia proferida por esta Subsección el 27 de mayo de 2015, en el expediente No. 38.695, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

²⁵ Al día siguiente a esta fecha se suscribió el contrato No. 194, respecto al cual ya se abordó el respectivo análisis en punto a la improcedencia de la reclamación derivada de su ejecución.

“La orden de mi jefe fue seguir suministrando medicamentos y mi jefe me comentó que habían quedado con el gerente y subgerente de hacer un nuevo contrato, por eso me dio la orden de seguir suministrando, él siguió suministrando, el motivo por el cual no firmaron el contrato fue porque el hospital aducía que la Gobernación de Casanare le iba a hacer un traslado el cual estaba un poco demorado”.

A partir de lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si a la luz de las pruebas recaudadas, entre el 1 de noviembre de 2005²⁶ y el 4 de diciembre de 2005, día anterior a la fecha en que se suscribió el contrato No. 194 entre las mismas partes, realmente existió una relación contractual

En este punto, cabe ponerse de presente que, según se dejó expuesto en acápite que antecede, los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado se gobiernan por las normas del derecho privado, cuestión que impone concluir que los mismos no deben sujetarse a los rigorismos que consagra el Estatuto de Consagración Estatal acerca de la solemnidad y el formalismo que se requiere para su existencia y perfeccionamiento, de tal suerte que su formación puede ocurrir con mayor flexibilidad en el terreno de la consensualidad.

Sin embargo, incluso bajo el imperio del derecho común corresponderá distinguir en cada caso concreto si se reúnen los elementos para predicar la existencia de un verdadero contrato.

Para ese propósito deberá analizarse la tipología contractual de que se trate con el objeto de establecer si convergen los requisitos de perfeccionamiento contemplados en las normas legales que la regulan, dado que solo a partir de su identificación podrá determinarse si en el caso concreto surgió o no la relación contractual.

6.2.1. Sobre la tipología contractual que habría de cobijar las prestaciones ejecutadas por la demandante entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año

Afirma el apelante que entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año existió un contrato de suministro de medicamentos celebrado por la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., en virtud del cual la demandante entregó al Hospital, a título oneroso, de manera sucesiva los medicamentos POS, no POS y de control especial requeridos por el ente público que igualmente habrían sido objeto del contrato de suministro No. 064, liquidado de común acuerdo en octubre del 2005, pero que, no obstante la extinción de ese vínculo por agotamiento de presupuesto, debía continuarse ininterrumpidamente con la entrega de los mismos.

Como se observa, según el demandante, las prestaciones ejecutadas durante el período objeto de reclamación se encuadraron dentro de la tipología de un contrato de suministro en cuanto se trató de la entrega sucesiva de bienes, específicamente de medicamentos, al ente público, previa petición verbal de los mismos por parte del Hospital, a cambio de una remuneración que finalmente no se reconoció en favor del demandante.

Al respecto esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta

²⁶ Se precisa que aunque el contrato No. 064 finalizó el 27 de octubre de 2005, día en que se liquidó bilateralmente, debe tenerse en cuenta que la causa petendi se circunscribió a reclamar el pago de los medicamentos suministrados desde el 1 noviembre de 2005, es decir que la pretensión no cobijó los días 28, 29, 30 y 31 de octubre de 2005. Por esa razón no hace referencia a esas fechas.

determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente²⁷.

Siguiendo el orden trazado, y con el ánimo de determinar si las prestaciones ejecutadas por el contratista durante el lapso que constituye la materia de la pretensión, en realidad se habrían de identificar con el tipo contractual del suministro, procede la Sala a indagar acerca de los elementos de su esencia.

En ese sentido, observa la Sala que el Código de Comercio, en su artículo 968 se encargó de definir el contrato de suministro como aquel *"por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios"*.

En lo atinente a las obligaciones que se contraen en virtud de la celebración de un contrato de suministro, la doctrina especializada en la disciplina comercial, ha puntualizado:

"el proveedor se obliga a suministrar la cantidad determinada convenida, en los límites y máximos pertinentes, con la oportunidad periódica y de manera continua como se ha convenido o lo indica la costumbre del lugar; la de darle cumplimiento a las reglas de orden público, (v.gr. la de suministro de cosas controladas, de precios, forma de servicios, etc.); y la de pagar la indemnización de los perjuicios en caso de incumplimiento. En tanto que las obligaciones del suministrado son las de recibir las cosas o servicios suministrados, las de pagar el precio en la forma correspondiente (que tratándose de suministro periódico, debe ser en el acto, salvo acuerdo en contrario; y el suministro continuo en la forma convenida, o en su defecto, como lo indique la costumbre)"²⁸.

En similar dirección, al analizar los elementos de la esencia del contrato de suministro, esta Subsección ha considerado que:

"... resulta de la esencia del contrato de suministro la entrega de determinada cantidad de cosas que, en los términos del Estatuto Mercantil, bien pueden ser muebles o inmuebles, o incluso puede tener cabida el suministro de servicios, dación que necesariamente debe efectuarse en forma sucesiva o diferida, pues es su ejecución en un tiempo prolongado, que no instantáneo, lo que constituye la gran diferencia con su análogo de la compraventa o del contrato de prestación de servicios según corresponda, todo lo cual se efectúa a cambio de un precio.

"La celebración de este tipo de contratos se justifica en la necesidad de agrupar en un solo vínculo negocial prestaciones que podrían fácilmente corresponder a varios contratos individuales, autónomos e independientes, pero que por razones prácticas

²⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C., C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ LAFONT PIANETTA, Pedro, "Manual de Contratos", Tomo I, Primera Edición 2001, Ediciones Librería del Profesional, págs. 111 y 113.

*en cuanto a la celeridad, economía y unificación del vínculo e incluso por motivos de índole presupuestal, se impone cobijarlos bajo una sola y única relación contractual*²⁹.

Ahora bien, como se extrae del pronunciamiento que viene de citarse, no ha sido ajena a la jurisprudencia la estrecha similitud que guardan el contrato de suministro y el de compraventa³⁰ de cosas con objeto fraccionado o a plazos, pues ambos comparten elementos que tienden a asemejarlos, tales como la ejecución, a título oneroso, de la prestación acordada de forma diferida en el tiempo.

En punto a esta relación entre uno y otro negocio jurídico, el autor colombiano Arrubla Paucar ha explicado:

“... la compraventa con objeto fraccionado, se presenta como figura inspiradora del SUMINISTRO DE COSAS; con el paso del tiempo y las necesidades del tráfico económico, se han perfilado las diferencias esenciales que hoy en día separan a figuras contractuales tan similares.

“(...).

“La realidad económica en el mundo actual, encadena a los diferentes sujetos que participan en el tráfico económico, estableciendo entre ellos la necesidad de mantenerse vinculados en una red de distribución. Como respuesta a su necesidad, deben aparecer contratos que prevén el mantenimiento de sus relaciones futuras, es decir, contratos nominativos, "que trazan el régimen que habrá de regular sus relaciones, con una perspectiva de duración de éstas.

"Para satisfacer la necesidad antes anotada, aparecen entre otros, el contrato de suministro, que es el típico contrato de duración; su eficacia no se puede agotar en un solo acto, puesto que las necesidades de los contratantes son precisamente, la previsión futura, el mantenimiento en el tiempo. Por ello se dice que el suministro es el contrato que engendra obligaciones duraderas a cargo de las partes.

"En este contrato, como en los demás contratos de duración, el interés de las partes solamente queda satisfecho, cuando la prestación se prolonga en el tiempo.

*"Se está buscando con el suministro precisamente precaver el futuro de las partes en cuanto a sus necesidades de distribución o de producción”*³¹.

²⁹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2004, exp: 28.402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ El Código Civil en su artículo 1.445 define el contrato de compraventa como aquel *“en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*.

³¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto "Contratos Mercantiles", Tomo I, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, páginas 221, 222 y 223,

En esta oportunidad la Sala conviene la necesidad de agregar que si bien, como se advirtió en el pronunciamiento que se cita, uno de los elementos de la esencia en el contrato de suministro corresponde a la periodicidad y continuidad de la prestación, también adquieren esa connotación el precio y el plazo, pues sea que su ejecución se pacte en función del primero o del segundo, agotado el precio o superado el plazo, el contrato se extingue, mientras que en el contrato de compraventa a plazos, una vez finalizado el término convenido sin que se satisfaga la prestación no se extingue el vínculo contractual, es decir, no fenece la obligación sino que la sitúa en un estado de incumplimiento o de mora.

Descendiendo todo lo anterior al caso concreto, se advierte que a la luz de las pruebas testimoniales y documentales que reposan en el plenario, se tiene acreditado que entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., suministró al Hospital de Yopal los medicamentos POS, no POS y de control especial que de forma continua -diariamente- requería el Hospital para dispensar a sus pacientes de acuerdo con las necesidades que en términos de cantidad se fueran presentando.

Esta actividad, según arreglo verbal sostenido entre las partes por conducto de sus representantes legales, se sujetó a las mismas condiciones que en relación con el objeto contractual y contraprestación se habían estipulado como base del negocio No. 064, el cual, no empero subsistir la necesidad de continuar con la entrega de los medicamentos, fue liquidado de común acuerdo en octubre de 2005 por haberse agotado el presupuesto destinado para su ejecución.

Así las cosas y armonizando todo lo anotado en precedencia, la Sala concluye que las prestaciones ejecutadas por la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año, consistentes en la entrega de los medicamentos POS, no POS y de control especial solicitados de manera sucesiva por el Hospital, en orden a cubrir el servicio de salud prestado a los usuarios, ciertamente habría de cobijarse bajo el manto de un contrato de suministro, como aquel celebrado entre las mismas partes en febrero de 2005 y que habría antecedido su ejecución, toda vez que en su desarrollo se incorporaron los elementos que permitían identificar esa tipología contractual.

6.2.2. Del perfeccionamiento del contrato de suministro al tenor del derecho privado y su aplicación al caso concreto

Retomando los argumentos expuestos en torno al perfeccionamiento de los contratos celebrados por las entidades públicas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, tal cual acontece en el sublite, a continuación, concierne examinar en los términos analizados, si desde el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año efectivamente existió, o no, un contrato de suministro entre la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. Hospital de Yopal.

Para despejar ese interrogante resulta indispensable remitirse a las normas del derecho privado que regulan el perfeccionamiento del contrato de suministro, las cuales se encuentran contenidas, en su inmensa mayoría, en los artículos 968 al 980 del Estatuto Mercantil.

De la revisión del articulado en cuestión se extrae que para el nacimiento del contrato de suministro a la vida jurídica la ley no previó formalidades o solemnidades especiales, de tal suerte que para su perfeccionamiento no resulta exigible que el respectivo acuerdo conste por escrito.

Así, para su existencia bastará con la consensualidad de las partes involucradas, concretada en el acuerdo de voluntades en el que revelen su consentimiento para contraer las obligaciones derivadas del respectivo convenio negocial.

Como se dejó expuesto, milita en el plenario material probatorio suficiente por cuyo mérito resulta viable tener por demostrado que en el pluricitado lapso la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., suministró a la E.S.E. Hospital de Yopal medicamentos POS, no POS y controlados que esta le requería de forma continua.

De ello dan cuenta las certificaciones expedidas por la Tesorería del Hospital en donde consta la entrega de medicamentos por el demandante por el término señalado y el listado de medicamentos auditado por el Hospital de Yopal en el cual se consignó el nombre del medicamento, la cantidad, el valor unitario y el valor del suministro.

También se desprende³² con claridad que tal acontecer obedeció al acuerdo de voluntades verbal al que llegaron los representantes legales del Hospital y de la sociedad demandante, en virtud del cual aquel le solicitó al demandante que continuara despachando los mismos medicamentos acordados en la relación contractual sostenida con anterioridad, identificada con el número 064 que había sido liquidada de común acuerdo por las partes en el mes de octubre de 2005, y este accedió libremente a la ejecución de la prestación bajo el entendido de que se pagaría posteriormente cuando el ente público contara con los recursos correspondientes.

En ese orden, de cara a la consensualidad que amparó la entrega de los medicamentos por parte del demandante y en favor del Hospital de Yopal en el período objeto de reclamación, propio resulta concluir que efectivamente desde el 1 de noviembre de 2005 al 4 de diciembre del mismo año, entre la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. Hospital de Yopal existió un contrato de suministro de medicamentos POS, no POS y de control especial y así merece ser declarado.

Sin perjuicio de lo expuesto, no desconoce la Sala que en varias oportunidades, a lo largo del debate procesal, las partes alegaron que la entrega de medicinas llevada a cabo en el lapso señalado se hallaba desprovista de soporte contractual, por cuanto, por un lado, no había mediado el documento escrito requerido que contuviera el negocio jurídico y, por otro, porque no se había apropiado la partida presupuestal correspondiente para su suscripción.

Frente al primer planteamiento se observa que, al parecer, la intención de la entidad pública era supeditar el nacimiento de los contratos de suministro por ella celebrados a la solemnidad del documento escrito.

Así se evidencia del documento precontractual por medio del cual la E.S.E. Hospital de Yopal invitó a varias sociedades a presentar la oferta que dio lugar a la celebración del contrato No. 064 suscrito el 26 de febrero de 2005, cuya celebración y liquidación

³² Así se deriva de los testimonios de los señores Fernando Villanueva Peñaranda Subgerente de Prestación de Servicios del Hospital y del señor Julio Roberto Fonseca Cely, administrador de la farmacia.

precedieron la ejecución de las prestaciones objeto de reclamación. En el numeral 8.9. del documento en referencia se prescribió expresamente la necesidad de que una vez efectuada la adjudicación las partes suscribieran el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a su adjudicación³³.

Sin embargo, sobre el particular es menester reiterar una vez más que la formalidad del documento escrito prevista en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no es una formalidad que se requiera para la existencia de los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, en la medida en que su actividad contractual, como está más que sentado, se gobierna por las normas del derecho privado.

De ahí que la solemnidad del escrito como requisito *ad substantiam actus* para el perfeccionamiento de un contrato celebrado por esas entidades solo deberá satisfacerse cuando la norma legal que regula la respectiva tipología contractual así lo establezca.

En relación con este tópico, la Sección Tercera ha considerado que en tanto las normas sobre la formación de los contratos constituyen reglas de orden público, las mismas no se encuentran al alcance de la libre disposición de las partes, quienes, aún en el escenario del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no podrán adicionar los requisitos predeterminados por la ley para el nacimiento del contrato, como tampoco podrán esquivar aquellos contemplados expresamente por el legislador para predicar su existencia.

La improcedencia de la libre disposición sobre las normas relativas a los requisitos de existencia de los contratos igualmente se hace extensiva a la actuación de las entidades públicas, como es el caso de las ESEs, las que, ni en sus reglamentos, ni en sus manuales de contratación podrán incorporar previsiones relacionadas con los requisitos para su perfeccionamiento distintas a aquellas consagradas expresamente por el orden jurídico.

Así lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Sección al señalar:

“Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes

³³ “8.9. SUSCRIPCIÓN Y LEGALIZACIÓN DEL CONTRATO.

“El (os) OFERENTES (S) favorecidos(s) con la adjudicación deberá(n) suscribir el contrato(s) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la adjudicación.

“Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el CONTRATISTA por medio del contrato, éste se obliga a constituir la póliza de cumplimiento y calidad dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la firma del contrato, a favor del Hospital de Yopal ESE, en una compañía de seguros o entidad bancaria legalmente establecida en Colombia, cuyas pólizas matrices se encuentran aprobadas por la Superintendencia Bancaria, la Garantía estipulada en los artículos 16, 17m 18 y 19 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes vigentes”. (folios 30 a 47 del c3). Subrayado fuera del texto original.

en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

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

“a.- Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

“b.- Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

“c.- Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos”³⁴.

Este entendimiento ha sido producto de la aplicación de varias reglas y principios, entre ellos, el contenido en el artículo 824 del Código de Comercio cuyo tenor regula el principio de la consensualidad contractual, el cual contempla al efecto que los comerciantes podrán manifestar su voluntad de contratar u obligarse de forma verbal, escrita o por cualquier modo inequívoco. Empero señala que cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se llenara mientras no se llene tal solemnidad.

De ese precepto se deriva que los requisitos de formación de un contrato se encuentran reservados de manera exclusiva al legislador, máxime aquellos que contemplan solemnidades para su nacimiento y, en esa medida, no pueden ser materia de disposición por las partes.

³⁴ Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 8 de abril de 2014, expediente: 25.801, C.P. Enrique Gil Botero.

6.2.2.1. De la apropiación, la disponibilidad y el registro presupuestal en el caso de las Empresas Sociales del Estado

En cuanto al segundo planteamiento de las partes, atinente a la inexistencia del contrato por ausencia de la partida presupuestal, la Sala considera importante anotar lo siguiente:

No hay claridad acerca de si las partes en su alegato aludían a la ausencia de apropiación, de la disponibilidad o del registro presupuestal.

Con todo, para abordar el estudio de ese argumento la Sala conviene en señalar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en materia presupuestal, las Empresas Sociales del Estado se someterían a la Ley Orgánica de Presupuesto compilada en el Decreto-ley 111 de 1996, norma que a su turno, en su artículo 5, inciso segundo, dispuso que las Empresas Sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado recogido en el Decreto 115 de 1996.

En relación con la apropiación, disponibilidad y registro presupuestal en el caso de las Empresas Sociales del Estado, los artículos 20 a 22 del Decreto 115 de 1996, consagraron lo siguiente:

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

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

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

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

“Artículo 22. No se podrá tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se

configuren como hechos cumplidos. Los ordenadores de gastos responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma”.

Como se observa, la lectura de la norma no ofrece mayor dificultad en punto a la comprensión del concepto de apropiación, dado que esa preceptiva se encargó de definirla, de manera clara, como una autorización máxima de gasto que debe ser comprometida dentro de una determinada anualidad so pena de que expire al término de la vigencia.

No obstante, para obtener un mejor entendimiento de la disposición en referencia, la Sala estima conveniente, con apoyo en otros referentes normativos y en la doctrina especializada, revisar algunos conceptos que se encuentran allí inmersos.

El Decreto 568 de 1996 reglamentario de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación, se ocupó de precisar el contenido de las siguientes acepciones:

“Art. 19.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.

“Art. 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar”.

Según sostiene Juan Camilo Restrepo en su obra Derecho Presupuestal Colombiano, el certificado de disponibilidad presupuestal busca que exista certeza de que siempre que se van a afectar apropiaciones existan fondos suficientes para respaldar dicha afectación, mientras que el propósito del registro presupuestal consiste en que la apropiación no sea destinada a un fin diferente de aquel para el cual fue aprobada en el presupuesto³⁵.

Así, en virtud de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad imprime fe de que existen los fondos necesarios para contraer determinadas obligaciones. Sin embargo, en virtud del certificado no se afecta de manera inmediata la respectiva apropiación, simplemente la aparta de forma transitoria mientras se lleva a cabo el perfeccionamiento del compromiso presupuestal, lo cual se logra a través del registro presupuestal.

En otras palabras, el registro presupuestal es el mecanismo mediante el cual se afecta la apropiación de forma definitiva, acto que si bien a su turno se traduce en el perfeccionamiento del compromiso presupuestal no es lo mismo que el perfeccionamiento del contrato en tanto el

³⁵ Restrepo, Juan Camilo, Derecho Presupuestal Colombiano, Bogotá, Editorial Legis, segunda edición, página 288.

registro se obtiene luego de que el contrato nace a la vida jurídica y no antes y además no consulta un censo entre las partes³⁶.

Así mismo, sin perjuicio de que el asunto bajo estudio versa sobre la existencia de un negocio jurídico regido por el derecho privado, conviene recordarse que el certificado de disponibilidad presupuestal³⁷, en el terreno de los contratos estatales sometidos al imperio de la Ley 80, no corresponde a un requisito de perfeccionamiento del negocio jurídico, pues su exigencia se circunscribe a una etapa previa a su ocurrencia, esto es, debe obtenerse con anterioridad a la apertura al procedimiento de selección que habrá de dar origen a la relación contractual.

Lo mismo puede decirse del registro presupuestal en el ámbito de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, habida consideración de que su implementación constituye una exigencia para la ejecución del contrato y no para su existencia.

Aclarado el escenario conceptual y retomando el análisis concerniente a las normas contenidas en el Decreto 115 de 1996, que contemplaron aspectos relativos a la apropiación, a la disponibilidad y al registro presupuestal en el caso de las Empresas Sociales del Estado debe concluirse, tal cual lo consideró esta Sección³⁸ en precedente oportuno al analizar los mismos preceptos, que dichas disposiciones no variaron los requisitos de perfeccionamiento de los contratos celebrados por ese tipo de entidades.

Sobre el particular se reitera que el artículo 20 del Decreto en mención no hizo cosa distinta que definir las apropiaciones.

A su turno, el artículo 21, en su inciso primero, se refirió en punto a la disponibilidad y al registro presupuestal, expresamente, en el trámite de expedición de los actos administrativos y no en la

³⁶ En efecto, en el ámbito de la contratación regida por las normas de la Ley 80 de 1993, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en pronunciamiento del 22 de agosto de 2013, exp. 29.121. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera precisó que el perfeccionamiento del compromiso presupuestal es una operación propia de la entidad, de su competencia exclusiva, cuestión que explica que no constituya un elemento de perfeccionamiento del contrato por no derivarse del acuerdo de voluntades:

“... por ende, se trata de un trámite interno de la respectiva entidad pública, cuya realización es de su exclusivo resorte y, por esa misma razón, no puede constituir requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, pues, de serlo, la existencia del contrato pendería del querer de una de las partes del mismo, específicamente, de la entidad pública”.

³⁷ Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 12 de noviembre de 2014, exp. 34.324, C.P.(E) Hernán Andrade Rincón: *“En el mismo sentido la ley de presupuesto establece el principio de legalidad del gasto – no del contrato-, por manera que toda obligación de pago emanada de un contrato bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 requiere para su ejecución, primero de la previa disponibilidad presupuestal, y posteriormente de un registro presupuestal que se efectúa una vez perfeccionado el contrato, siguiendo las voces del artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996”.*

³⁸ Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 8 de abril de 2014, expediente: 25.801, C.P. Enrique Gil Botero *“... en esta ocasión, al igual que concluyó la Sala en relación con las entidades regidas por la Ley 80, los contratos regidos por el derecho privado y por los principios de la función administrativa tampoco se modificaron en su forma de perfeccionarse, es decir esta norma no afectó esa institución de la contratación civil y comercial”.*

celebración de contratos, tal cual ocurrió en el supuesto normativo del artículo 71 del Decreto 111 de 1996³⁹.

Ahora, el inciso segundo del artículo 21 que se analiza, igualmente reprodujo, en gran parte, el inciso cuarto del canon 71 del Decreto 111 de 1996, con la diferencia de que indicó con mayor precisión y detalle los supuestos en los cuales las entidades no podrían contraer obligaciones, a la par que los aglomeró en cinco grupos, a saber:

Las entidades no podrán contraer obligaciones:

- 1). Sobre apropiaciones inexistentes.
- 2).- Sobre apropiaciones en exceso del saldo disponible.
- 3).- Con anticipación a la apertura del crédito adicional⁴⁰.
- 4).- Con cargo a recursos de crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados.
- 5).- Sin que cuenten con el concepto de la Dirección de Crédito público para comprometer recursos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el CONFIS.

Como se observa, los tres primeros supuestos versan sobre la inviabilidad de contraer obligaciones sin contar con la apropiación correspondiente.

³⁹ “Art. 71 del Decreto Ley 111 de 1996. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

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

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

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

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

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

⁴⁰ Restrepo, Juan Camilo, Derecho Presupuestal Colombiano, Bogotá, Editorial Legis, segunda edición, páginas 306 y 307. “Los aumentos al presupuesto de apropiaciones tienen lugar a través de los llamados créditos adicionales o presupuestos adicionales. (...). El crédito adicional se justifica cuando efectivamente hay un hecho inesperado que requiere la atención del estado a través de un gasto que fue imposible prever cuando se preparó el presupuesto”.

El cuarto supuesto se refiere a la prohibición de afectar recursos de crédito cuando los contratos por los cuales se adquieren esos recursos no se encuentren perfeccionados. En estas condiciones no se podrán apropiar recursos producto de los contratos de empréstito, de mutuo, o en general, de los que contengan operaciones de endeudamiento que no aún no se reputen existentes.

El quinto supuesto, a su vez se bifurca en dos reglas relativas a la imposibilidad de contraer obligaciones sin que medie concepto previo y autorización de los órganos competentes.

En efecto, la primera regla, que en parte emana de la cuarta hipótesis anteriormente analizada, consiste en que siendo posible en algunos casos comprometer recursos de crédito público antes del perfeccionamiento de la operación de endeudamiento, no podrán contraerse obligaciones con cargo a esos recursos sin haber obtenido el concepto de la Dirección General de Crédito Público que permita comprometerlos.

Y la segunda regla alude a la prohibición de contraer obligaciones con cargo a vigencias futuras sin haber obtenido la respectiva autorización por parte del CONFIS para esos efectos.

Por último, el artículo 22 del Decreto 115 de 1996 dispone que no se podrán tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no se reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos.

Del contenido de las normas revisadas se aprecia:

- El artículo 20 contiene el significado de las apropiaciones, sin que en el desarrollo de ese ejercicio se les hubiera otorgado el alcance de requisito de perfeccionamiento de los contratos celebrados por el ente público.
- El primer inciso del artículo 21 no aludió siquiera a la celebración de contratos.
- Todos los supuestos del segundo inciso del artículo 21 que vienen de analizarse contemplan premisas en las cuales las entidades no podrán contraer obligaciones cuando resulta inviable disponer de los recursos para satisfacerlas, pero en ninguno de los casos se contemplan requisitos de existencia y perfeccionamiento de los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, como tampoco ocurrió en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 para el caso de las demás entidades públicas.
- El tenor del artículo 22, a juicio de la Sala, revela el mismo sentido de las dos disposiciones anteriores, que no es otro que la prohibición de afectación del presupuesto y de la consecuencial legalización de los compromisos cuando no se cumplan las exigencias legales.

- En cuanto atañe a los hechos cumplidos, es decir, a las prestaciones ejecutadas sin contar con causa jurídica, o mejor, sin amparo legal o convencional que las respalde, la norma también se opone a la legalización o perfeccionamiento del compromiso presupuestal que de allí se habría de derivar como pago o contraprestación por la labor cumplida, pues parte de la base de que se ejecutó sin contar con la apropiación respectiva, pero no se refiere al perfeccionamiento del negocio jurídico.
- Todas las normas en comento desarrollan el principio de legalidad del gasto público, cuyo fundamento, en voces de la Corte Constitucional es *“que no se pueden efectuar erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el presupuesto -artículo 345, 346 y 347 CP, y artículo 18 y 49 de la Ley 179 de 1994, que modificó la Ley 38 de 1989”*⁴¹.
- En ninguno de los casos la necesidad de contar con la apropiación, la disponibilidad o el registro presupuestal se erige como requisito de perfeccionamiento de los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado. Si bien su inobservancia, al tenor de las normas en estudio, podrá comprometer la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal de los funcionarios por la violación al principio de legalidad del gasto y la trasgresión de las disposiciones presupuestales, ello no se opone a que se predique el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades que dio lugar al gasto correspondiente.

Así las cosas, al hallarse esclarecido que para el nacimiento a la vida jurídica del contrato de suministro celebrado por la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. Hospital de Yopal desde 1 de noviembre de 2005 al 4 de diciembre del mismo año, no era exigible la solemnidad de ser elevado a escrito, como tampoco el hecho de contar con la apropiación, la disponibilidad o el registro presupuestal y estando demostrado que en el caso concurrió el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación, la Sala accederá a declarar su existencia.

6.3. Lo que se debe a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. por el suministro de medicamentos bajo el amparo del contrato de suministro que existió desde 1 de noviembre de 2005 al 4 de diciembre del mismo año

Se halla acreditado que durante el mes de noviembre de 2005, la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., suministró los medicamentos requeridos por la E.S.E. Hospital de Yopal.

Así lo muestra la relación de elementos que el Hospital le solicitó a la demandante, visible a folios 267 a 290 del cuaderno tres, en la cual se describe el medicamento solicitado, la cantidad y la fecha de entrega.

⁴¹ Sentencia C 100 de 1996.

Igualmente, en la certificación expedida por la Tesorería del Hospital consta que la sociedad Ruiz Amezcuita & Cia. S en C., suministró medicamentos al Hospital durante el mes de noviembre de 2005, en relación con los cuales no se ha realizado pago alguno.

A su turno, milita otro listado auditado por el Hospital de Yopal en el cual se consignó el nombre del medicamento, la cantidad, el valor unitario y el valor del suministro⁴². Sin embargo no es posible extraer con exactitud de ese listado el valor correspondiente a los medicamentos suministrados entre el primero de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año, pues en la relación consta indiscriminadamente que la entrega se hizo en el período transcurrido entre el 1 de noviembre de 2005 al 31 de diciembre de 2005⁴³, pero no especifica en qué fechas se suministraron las cantidades allí descritas y se causaron los valores allí anotados.

De otra parte, la Sala estima necesario acotar que si bien reposa en la actuación un dictamen pericial practicado en la primera instancia por el contador Omar Olaya Gaitán, debe tomarse en consideración que las conclusiones adoptadas en la experticia no aportan elementos de juicio suficientes para determinar el monto real del suministro de medicamentos realizado entre el 1 de noviembre y el 4 de diciembre de 2005, por cuanto el cálculo de los valores correspondientes se efectuó teniendo como referencia los precios del catálogo de Farmaprecios y no los correspondientes a la facturación efectuada por la sociedad demandante con ocasión del suministro.

Lo anterior, en términos del peritaje obedeció a que *“Se tomó como base de referencia los precios de los medicamentos suministrados, según el catálogo de Farmaprecios, (...) se revisaron los precios facturados contra los precios del catálogo de Farmaprecios, encontrando precios promedio, pues no se cuenta con la marca del medicamento entregada y según la revista se hallan hasta 20 marcas por producto y variedad de precios (...) de igual forma hay algunos medicamentos que no se encuentran registrados en los catálogos, al menos, el nombre registrado en la factura”*.

En esas condiciones, la experticia no refleja los verdaderos valores adeudados al contratista por razón del suministro de medicamentos realizado en el lapso señalado, pues para su práctica se limitó a efectuar aproximaciones basadas en precios promedio de mercado y no se ciñó a los soportes contables del contratista.

Así las cosas, para la Sala se encuentra demostrado el suministro de medicamentos efectuado por la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., en favor de la E.S.E. Hospital de Yopal durante el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año, efectuado bajo el amparo del contrato consensual celebrado entre aquellos, pero hasta la fecha no se ha pagado su valor.

En consecuencia, no empero estar demostrado el cumplimiento del objeto del contrato de suministro, no se conoce con exactitud la cuantía de los valores que por esa causa adeuda la E.S.E. Hospital de Yopal a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C. Por esa razón, la Subsección condenará en abstracto a la entidad demandada de conformidad con los siguientes parámetros:

⁴²Fls. 39-49 c4.

⁴³ Este listado cobija un período mayor al que es objeto de debate en este numeral (1 de noviembre a 4 de diciembre de 2005).

1.- El incidente deberá promoverse ante el Tribunal de primera instancia en la forma y términos previstos por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

2.- La suma que se debe pagar a la demandante corresponderá a aquella que por concepto de suministro de medicamentos se hubiere causado entre el primero de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año.

3.- Para hallar el valor que debe reconocerse a la sociedad demandante, se deberá disponer la práctica de pruebas con el fin de examinar sus soportes contables que sustente el suministro de los medicamentos durante el período señalado, para así obtener el monto exacto que se le adeuda.

4.- Igualmente, al revisar los soportes contables que habrán de respaldar el pago que aquí se ordena, deberá tenerse en cuenta que los mismos no podrán corresponder a las facturas del suministro de medicamentos realizado con cargo al contrato No. 194 celebrado por las mismas partes el 5 de diciembre de 2005, ni a las glosas que sobre este último se hubieren efectuado, pues se reitera que la condena que aquí se emite se dirige exclusivamente a cubrir el suministro de medicamentos que se hubiere efectuado entre el primero de noviembre de 2005 y el 4 de diciembre del mismo año y que aún no se hubiere reconocido en favor de la demandante.

5.- No obstante que en la demanda se solicitó el reconocimiento de intereses moratorios calculados conforme a las reglas de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679, lo cierto es que por tratarse de un contrato sometido al régimen del derecho privado para su cálculo se impone acudir a lo normado en los artículos 884 y 885 del Estatuto Mercantil⁴⁴.

Adicionalmente, su liquidación deberá atender a los lineamientos que sobre el particular ha trazado la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁵.

⁴⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 9 de octubre de 2003, exp: 25000-23-26-000-1993-03412-01(13412), C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. *“Teniendo en cuenta todo lo expresado, concluye la Sala que, tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los que no se ha incluido estipulación alguna en relación con los intereses que deben pagarse en caso de incumplimiento, cuando la persona afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para ella de carácter mercantil, no existe justificación alguna para aplicar una tasa distinta a la regulada en el artículo 884 del C. de Co., a fin de sancionar la mora en que ha incurrido uno de los contratantes, aun cuando éste es una entidad estatal.*

“Distinta, sin duda, es la situación en la que el contratista no tiene la condición de comerciante, o el contrato celebrado no tiene para él carácter mercantil, evento en el cual sería aplicable el artículo 1617 del Código Civil, o aquella en la que el contrato en el que se guardó silencio se celebró después de que la Ley 80 de 1993 comenzó a regir, o aun antes, siempre que la mora se hubiere presentado durante su vigencia, caso en el cual, según lo explicado, su aplicación estaría autorizada por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887”.

⁴⁵ Sección Tercera del Consejo de Estado, 30 de julio de 2008, Exp. 23003, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“Atendiendo a lo expuesto, con fundamento en los principios generales ampliamente aludidos, así como consultando las amplias facultades legales con que cuentan las Entidades Estatales para efectos de configurar y diseñar tanto los pliegos de condiciones como los respectivos proyectos de contratos y acudiendo a la referencia que constituye la regulación relativamente próxima de un asunto similar que contiene el artículo 885 del Código de Comercio, por las razones expuestas, la Sala acude nuevamente a los parámetros establecidos en dicha norma legal para efectos de considerar, entonces, que en aquellos contratos estatales en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la respectiva Entidad Estatal Contratante y en especial cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, las*

6.- El cumplimiento de la condena que aquí se profiere se sujetará a lo dispuesto en los artículos 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que existió un contrato de suministro de medicamentos POS, no POS y de control especial entre la E.S.E. Hospital de Yopal y la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 4 de diciembre del mismo año. Consecuencialmente se emitirá la respectiva condena en abstracto en la forma señalada en la parte motiva que antecede y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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,

F A L L A

1.- **REVOCAR**, por las razones expuestas, la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Casanare y en su lugar se dispone:

“PRIMERO.- Declarar que desde el 1 de noviembre de 2005 al 4 de diciembre del mismo año existió un contrato celebrado por la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía S. en C., y la E.S.E. Hospital de Yopal, cuyo objeto consistió en el suministro de medicamentos POS, no POS y controlados, sin que a la fecha se haya reconocido pago alguno por ese concepto al contratista.

“SEGUNDO.- CONDENAR EN ABSTRACTO a la E.S.E. Hospital de Yopal a

respectivas Entidades Estatales contarán con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirán en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien -y contando como presupuesto con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista-, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero, tesis que en buena medida corresponde a aquella que ya en ocasiones anteriores había adoptado la propia Sala, al sostener que:

“Radicada la cuenta, la entidad contaba con el término prudencial de un mes para pagarla y a partir del vencimiento de ese término se considera que la entidad incurrió en mora. Esta práctica mercantil, con respaldo legal en el art. 885 del Código de Comercio, puede válidamente aplicarse en el contrato estatal cuando se guarda silencio sobre el término para el pago de las actas al contratista, como sucedió en el presente caso”.



reconocer y pagar a la sociedad Ruiz Amezcuita & Cía. S. en C., las sumas respectivas por concepto del suministro de medicamentos entregados desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 4 de diciembre del mismo año.

*“**TERCERO.-** La condena que se emite en abstracto deberá atender estrictamente a los lineamientos trazados en la parte considerativa de la presente providencia y su cumplimiento se sujetará a lo dispuesto en los artículos 177 y siguientes del C.C.A.*

“La interesada deberá promover el respectivo incidente ante el Tribunal de primera instancia, dentro de la oportunidad temporal prevista por el artículo 172 del C.C.A.”.

*“**CUARTO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“**QUINTO.-** Sin condena en costas”.*

2.- Sin condena en costas.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA