

CONTRATO ESTATAL - Nulidad: Proceden las mismas causales del derecho común / NULIDAD - Contrato estatal: Proceden las mismas causales del derecho común / NULIDAD - Contrato estatal: Prohibición expresa constitucional o legal / NULIDAD - Contrato estatal: Aplicación del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 / CONTRATO ESTATAL - Nulidad por prohibición expresa constitucional o legal. Aplicación del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. (...) Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 NUMERAL 2

NULIDAD - Contrato estatal. Decreto de oficio / NULIDAD - Contrato estatal. Cuando no comprende elementos estructurales sino accidentales no destruye el contrato por completo / CONTRATO ESTATAL - Nulidad. Cuando no comprende elementos estructurales sino accidentales no destruye el contrato por completo

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes. (...) La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (...) Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico. En consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato y consiguiente lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45

DERECHO A LA SALUD - Ilegalidad de cláusulas sobre exigencia de requisitos de autorización de procedimientos y constancias / ILEGALIDAD - Cláusulas sobre exigencia de requisitos de autorización de procedimientos y constancias. Derecho a la salud / CONTRATO ESTATAL - De prestación de servicios de salud. Ilegalidad de cláusulas sobre exigencia de requisitos de autorización de procedimientos y constancias

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece demostrado que la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, en ejecución de los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994 celebrados con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ, prestó los servicios médicos y hospitalarios a los pacientes Nubia Marina Rodríguez González y Helí Rodríguez Silva, quienes estaban afiliados a esta intermediaria. También está demostrado que por concepto de la prestación

de esos servicios la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL facturó respectivamente las sumas de \$8.225.349 y \$8.465.357, las cuales no fueron canceladas por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ argumentando fundamentalmente que las remisiones de los pacientes no contaban con una orden escrita del médico especialista, o del Subgerente de Salud, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Coordinador del Servicio de Urgencias. Esta negativa la sustentó, según se dijo luego en la contestación de la demanda, en que la demandante para poder prestar los servicios a los afiliados de la demandada debía ceñirse a lo pactado en la cláusula segunda de los respectivos contratos, en donde se convino que toda atención requería de una orden escrita del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias. (...) Pues bien, semejantes condicionamientos se traducen en la práctica en una escalada de negaciones a las solicitudes de prestación del servicio médico u hospitalario que implican que el paciente, quien tiene derecho al acceso fácil y oportuno al servicio, se vea envuelto en una red de trámites que lesiona y vulnera su derecho fundamental a la salud. (...) Por estas razones, (...) es que la cláusula segunda de los dos contratos que celebraron las partes de este litigio es absolutamente nula en cuanto condiciona la prestación del servicio a la salud, o su retribución, a la existencia de una orden del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias, pues, se repite, semejantes exigencias se traducen finalmente, y en la práctica, a una violación del derecho de los pacientes al acceso al servicio de la salud de manera fácil y oportuna. (...) Como la nulidad de esta cláusula en cuanto exige las mencionadas ordenes no implica la de todo el contrato, el decreto oficioso de la nulidad sólo comprenderá aquel aspecto.

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad de Cláusulas sobre exigencia de requisitos de autorización de procedimientos y constancias. Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá vs Fundación Cardio Infantil / DERECHO A LA SALUD - Derecho fundamental. Bloque de constitucionalidad / DERECHO A LA SALUD - Preceptos

Tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional, la salud no solo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe. (...) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y en el numeral segundo añade que “entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” (Resalta la sala). (...) Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, aprobada en el año 2000, señala que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos...8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos...En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 9. El concepto del “más alto nivel

posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. (...) Pues bien, nótese que de acuerdo con estos preceptos el derecho a la salud, entendido como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, supone, entre otras medidas, el establecimiento de condiciones que aseguren que todas las personas tendrán acceso igualitario y oportuno a los correspondientes servicios médicos y hospitalarios y por consiguiente, toda decisión, disposición o acuerdo que establezca requisitos o imponga limitaciones, en uno y en otro caso, caprichosos, poco razonables, que miren más a la conveniencia del intermediario o del prestador del servicio y no al derecho del paciente, o que finalmente hagan nugatorio el derecho a la salud, debe ser tenida como una decisión, disposición o convenio que viola las normas imperativas que regulan ese derecho fundamental y por ende le debe sobrevenir el consecuencial juicio negativo de valor. (...) Así por ejemplo, condicionar la prestación del servicio, o la retribución que debe darse por él a quien lo brinda, a una previa orden escrita del Director de uno de los intermediarios de la cadena de la salud o del Jefe de alguna de sus dependencias, son exigencias que finalmente hacen nugatorio el derecho que tiene todo paciente al fácil y oportuno acceso a la atención médica u hospitalaria. (...) Si tales exigencias, también por ejemplo, se han previsto en un contrato de prestación de servicios a la salud, es claro que la estipulación que las contiene será absolutamente nula por tener objeto ilícito ya que tal pacto contraviene normas imperativas

FUENTE FORMAL: LEY 74 DE 1968

CONTRATO ESTATAL - Nulidad / NULIDAD ABSOLUTA - Decreta nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA - Se sana por prescripción extraordinaria

La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (...) El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana "en todo caso" por prescripción extraordinaria. (...) Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos. (...) Por la época en que se celebraron los contratos que aquí sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda (2 de noviembre de 1993 y 31 de mayo de 1994), el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936. (...) Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria. (...) Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico. (...) En

consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato y consiguiente lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45 / LEY 50 DE 1936 - ARTICULO 2 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2532 / LEY 50 DE 1936 - ARTICULO 1 / LEY 791 DE 2002

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del consejero Enrique Gil Botero. En relación con el contrato estatal cuando se celebra contra expresa prohibición legal o constitucional y que la prohibición debe ser explícita, ver sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15324

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02693-01(23042)

Actor: FUNDACION CARDIO INFANTIL - INSTITUTO DE CARDIOLOGIA

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTA D.C. - EN LIQUIDACION Y OTRO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de abril de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró que la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. incumplió el contrato que celebró con la demandante y por consiguiente la condenó a pagar la suma de \$60.308.526.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 29 de julio de 1996¹ la **Fundación Cardio Infantil –Instituto de Cardiología–** presentó demanda contra la **Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. –en liquidación–** y el **Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá** solicitando que se declarara que entre la demandante y la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. se celebraron los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994 para la prestación de servicios médicos y hospitalarios, así como la declaratoria de que en desarrollo de dichos contratos la demandante prestó unos servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos a Nubia Marina Rodríguez González y a Helí Rodríguez Silva y que el precio de ellos no le fue cancelado.

Solicita, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a los accionados al reconocimiento y pago de la suma de \$ 16.690.706, debidamente actualizada y con intereses moratorios, a título de daño emergente.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 2 de noviembre de 1993 la demandante y la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. celebraron el contrato No. G-089 en virtud del cual aquella se obligó a la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a los afiliados, pensionados y beneficiarios de esta que le fueran remitidos.

El término de duración del contrato se fijó en 14 meses contados a partir del 1 de noviembre de 1993, de ahí que su vencimiento acaeciera el 31 de diciembre de 1994.

Como valor del contrato se convino la suma de \$80.000.000 de la cual se pactó entregar un 30% como anticipo y cancelar el saldo restante dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro debidamente legalizadas y acompañadas de las exigencias de la cláusula segunda, es decir de una orden escrita suscrita por el Director Científico de la contratante o el Director de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas o el Jefe de Urgencias de ésta, así como de una constancia firmada por el paciente dando cuenta de que recibió el servicio.

Posteriormente, el 31 de mayo de 1994 la demandante y la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. celebraron el contrato No. G-078 en virtud del cual aquella se obligó a prestar a los afiliados y beneficiarios de ésta los servicios médicos y hospitalarios especializados que le fueran requeridos.

El término de duración de este contrato se fijó en 10 meses.

Como valor de este otro contrato se convino la suma de \$75.000.000 la cual sería cancelada dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro debidamente legalizadas, junto con la copia del carné del afiliado y la orden de remisión del paciente.

También se estipuló que el servicio sería prestado previa exigencia de una copia del carné del afiliado para establecer esa calidad, así como de una orden de remisión suscrita por el Director Científico de la contratante o el Director de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas o el Jefe de Urgencias de ésta.

El 19 de abril de 1994, el señor Helí Rodríguez Silva, estando afiliado a la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. en calidad de pensionado, fue

¹ Folios 2 a 9 del c No. 1.

remitido por la Trabajadora Social de la clínica Fray Bartolomé de las Casas a la Fundación Cardio Infantil a fin de que le fuera realizada una cirugía de revascularización miocárdica.

El señor Helí Rodríguez Silva suscribió una factura cambiaria por el valor de \$7.820.327 en la que declaró haber recibido, en la Fundación Cardio Infantil, entre el 17 de mayo de 1994 y el 16 de junio del mismo año, servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios por dicho monto.

Como el paciente permaneció en la Fundación Cardio Infantil durante el tiempo comprendido entre el 18 de junio de 1994 y el 25 del mismo mes y año en razón a que sufrió un accidente cerebrovascular derivado de la intervención quirúrgica, el precio de los servicios recibidos ascendió a \$8.465.357.

Por otra parte, el 21 de abril de 1994, la señora Nubia Marina Rodríguez González fue remitida por el Coordinador de Cardiología de la clínica Fray Bartolomé de las Casas a la Fundación Cardio Infantil con el propósito de que le cambiaran la válvula mitral.

La Fundación Cardio Infantil realizó a la señora Nubia Marina Rodríguez González, entre el 18 y el 20 de abril de 1994, un estudio hemodinámico y, durante el 2 y el 5 de mayo de 1994, el cambio de la válvula mitral, los cuales tuvieron un costo de \$8.225.349.

La Fundación Cardio Infantil presentó a la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. las cuentas de cobro No. 002245 del 20 de junio de 1994 y 003458 del 30 de noviembre de 1994 por concepto de los costos de los servicios médicos y hospitalarios recibidos por Helí Rodríguez Silva y Nubia Marina Rodríguez González, sin que hasta la fecha hayan sido cancelados.

El 13 de mayo de 1996 se llevó a cabo una diligencia de conciliación extrajudicial en virtud de la cual la solicitante, la Fundación Cardio Infantil, se reservó la posibilidad de demandar a la solicitada, la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C., con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los \$8.465.357 y los \$8.225.349 que costaron los servicios médicos y hospitalarios recibidos respectivamente por Helí Rodríguez Silva y Nubia Marina Rodríguez González.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y los accionados le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que no aprovechó ninguna de ellas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 30 de abril de 2002 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las pretensiones de la demanda.

Para tomar ésta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de reproducir los hechos y las pretensiones de la demanda y de hacer un recuento de la actuación surtida, el *a quo* empieza por valorar la masa probatoria y concluye que la Fundación Cardio Infantil y la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. celebraron los contratos No. G-089 de 1993 y G-078 de 1994 en virtud de los cuales se prestó atención médica y hospitalaria a Helí Rodríguez Silva y a Nubia Marina Rodríguez González pero la Caja incumplió su obligación de cancelar los costos de esos servicios.

Sostiene el Tribunal que la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. incumplió la cláusula quinta del contrato No. G-089 de 1993 al no cancelar a la Fundación Cardio Infantil, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro, los costos de los servicios médicos especializados que recibieron sus afiliados Helí Rodríguez Silva y Nubia Marina Rodríguez González, tras haber sido remitidos a dicha institución por uno de sus funcionarios.

El sentenciador de primera instancia condenó a la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. al pago de los costos en que incurrió la demandante, los que una vez actualizados y liquidados los intereses moratorios quedaron finalmente en la suma de \$60.308.526.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada se alzó contra el fallo de primera instancia por estimar que las pretensiones de la demanda deben estar destinadas al fracaso porque la demandante prestó los servicios médicos a Helí Rodríguez Silva y Nubia Marina Rodríguez González sin que existiera una orden escrita suscrita por el Director Científico de la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. o el Director o el Jefe de Urgencias de la clínica Fray Bartolomé de las Casas, tal como lo exigían los contratos.

Considera el recurrente que la Fundación Cardio Infantil debe asumir los costos de los servicios que prestó a los afiliados a la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. porque tenía derecho a recibir el respectivo valor sólo si prestaba los servicios cumpliendo estrictamente los requisitos contractuales.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser confirmada y así lo solicita.

Fundamenta su solicitud en las siguientes razones:

La Fundación Cardio Infantil sufrió una mengua en su patrimonio, correlativa al incremento patrimonial de la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C., cuando prestó servicios médicos y hospitalarios por un valor de \$16. 690.706 a dos de los afiliados a ésta, sin que posteriormente le fuera reembolsado dicho valor.

En virtud del principio "iuria novit curia" es procedente acceder a las pretensiones de la demanda porque la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C. se enriqueció sin justa causa a expensas de la demandada.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. Tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional,² la salud no solo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que **“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”**, y en el numeral segundo añade que **“entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”** (Resalta la sala).

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, aprobada en el año 2000, señala que *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos...8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos...En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. **Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.** ... 13. La lista incompleta de ejemplos que figura en el párrafo 2 del artículo 12 sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados. En dicho párrafo se dan algunos ejemplos genésicos de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del derecho a la salud que figura en el párrafo 1 del artículo 12, con la consiguiente ilustración del contenido de ese derecho, según se señala en los párrafos siguientes:... Apartado d) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud. 17.”La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica*

² Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

y servicios médicos en caso de enfermedad". (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones..." (Resalta la Sala).

3. Pues bien, nótese que de acuerdo con estos preceptos el derecho a la salud, entendido como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, supone, entre otras medidas, el establecimiento de condiciones que aseguren que todas las personas tendrán acceso igualitario y oportuno a los correspondientes servicios médicos y hospitalarios y por consiguiente, toda decisión, disposición o acuerdo que establezca requisitos o imponga limitaciones, en uno y en otro caso, caprichosos, poco razonables, que miren más a la conveniencia del intermediario o del prestador del servicio y no al derecho del paciente, o que finalmente hagan nugatorio el derecho a la salud, debe ser tenida como una decisión, disposición o convenio que viola las normas imperativas que regulan ese derecho fundamental y por ende le debe sobrevenir el consecuencial juicio negativo de valor.

Así por ejemplo, condicionar la prestación del servicio, o la retribución que debe darse por él a quien lo brinda, a una previa orden escrita del Director de uno de los intermediarios de la cadena de la salud o del Jefe de alguna de sus dependencias, son exigencias que finalmente hacen nugatorio el derecho que tiene todo paciente al fácil y oportuno acceso a la atención médica u hospitalaria.

Si tales exigencias, también por ejemplo, se han previsto en un contrato de prestación de servicios a la salud, es claro que la estipulación que las contiene será absolutamente nula por tener objeto ilícito ya que tal pacto contraviene normas imperativas.

4. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional³ o con abuso o desviación de poder.⁴

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,⁵ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

4.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.⁶

³ Numeral 2º.

⁴ Numeral 3º.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

⁶ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

4.2. La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

4.3 Por la época en que se celebraron los contratos que aquí sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda (2 de noviembre de 1993 y 31 de mayo de 1994), el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

4.4 Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico.

En consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato y consiguiente lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta.

5. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece demostrado que la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL**, en ejecución de los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994 celebrados con la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ**, prestó los servicios médicos y hospitalarios a los pacientes Nubia Marina Rodríguez González y Helí Rodríguez Silva, quienes estaban afiliados a esta intermediaria.⁷

También está demostrado que por concepto de la prestación de esos servicios la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL** facturó respectivamente las sumas de \$8.225.349 y \$8.465.357, las cuales no fueron canceladas por la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ** argumentando fundamentalmente que las remisiones de los pacientes no contaban con una

⁷ Folios 1, 10, 39 a 44, 80 a 83, 86 a 89, 119, 120 y 190 del c. No. 2.

orden escrita del médico especialista, o del Subgerente de Salud, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Coordinador del Servicio de Urgencias.⁸

Esta negativa la sustentó, según se dijo luego en la contestación de la demanda, en que la demandante para poder prestar los servicios a los afiliados de la demandada debía ceñirse a lo pactado en la cláusula segunda de los respectivos contratos, en donde se convino que toda atención requería de una orden escrita del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias.

Pues bien, semejantes condicionamientos se traducen en la práctica en una escalada de negaciones a las solicitudes de prestación del servicio médico u hospitalario que implican que el paciente, quien tiene derecho al acceso fácil y oportuno al servicio, se vea envuelto en una red de trámites que lesiona y vulnera su derecho fundamental a la salud.

Y es que por la vía de esos condicionamientos fácilmente se llegaría (¿O ya se llegó?) a la situación en que el servicio a la salud no es prestado (que desde luego en este asunto ese no fue el caso de la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL**) con fundamento en que ulteriormente no podría obtener el pago de los servicios prestados, situación hipotética esta que de no controlarse y reprimirse en su ascenso causaría grave detrimento al derecho de los pacientes para, por oposición, hacer prevalecer el simple interés económico de los prestadores del servicio o de los intermediarios de la salud.

Por estas razones, y las que atrás se expresaron, es que la cláusula segunda de los dos contratos que celebraron las partes de este litigio es absolutamente nula en cuanto condiciona la prestación del servicio a la salud, o su retribución, a la existencia de una orden del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias, pues, se repite, semejantes exigencias se traducen finalmente, y en la práctica, a una violación del derecho de los pacientes al acceso al servicio de la salud de manera fácil y oportuna.

Como la nulidad de esta cláusula en cuanto exige las mencionadas ordenes no implica la de todo el contrato, el decreto oficioso de la nulidad sólo comprenderá aquel aspecto.

Ahora, como está demostrada la celebración de los contratos así como el incumplimiento de la demandada al no pagar el valor de los servicios a la salud que la demandante le prestó, la sentencia se confirmará en estos puntos pero se reformará para decretar oficiosamente la nulidad de la cláusula segunda de esos contratos en cuanto exigen una orden del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias para prestar los servicios a la salud o pagar la retribución de los prestados.

Las sumas adeudadas serán actualizadas y sobre ellas se reconocerán intereses del 12% anual desde el 20 de julio y el 30 de diciembre de 1994, respectivamente, esto es, a partir de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación de las facturas.

Las actualizaciones se harán de acuerdo con la fórmula

⁸ Folios 40 a 44, 127 y 128 del c. No. 2.

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para actualizar la suma de \$8.225.349 se toma como índice inicial 46.45 que corresponde al de mayo de 1994 y como índice final 112.88 que corresponde al de marzo de 2013.

Para actualizar la suma de \$8.465.357 se toma como índice inicial 46.87 que corresponde al de junio de 1994 y como índice final 112.88 que corresponde al de marzo de 2013.

Por último, la Sala no puede pasar por alto la censura que debe hacerse a la conducta de la entidad demandada al negarse a pagar las sumas debidas con fundamento en una cláusula contractual abiertamente ilegal, situación ésta que ha generado un incremento en el valor que finalmente tiene que pagar.

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

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR la sentencia apelada la que queda así:

1. **DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de la cláusula segunda de los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994 celebrados entre la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ** y la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL** en cuanto condiciona la prestación del servicio a la salud, o su retribución, a la existencia de una orden del Director Científico de la Caja, o del Director de la Clínica Fray Bartolomé, o del Jefe de Turno del Departamento de Urgencias.
2. **DECLARAR** que la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ** debe pagar a la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL** el valor de los servicios a la salud que le prestó a los afiliados Nubia Marina Rodríguez González y Helí Rodríguez Silva en ejecución de los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994.
3. **CONDENAR** a la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ** a pagar a la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL** las sumas de **OCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$8.225.349)** y **OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$8.465.357)**, las que ya actualizadas ascienden hoy, respectivamente, a **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$19.988.749.09)** y **VEINTE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$20.387.657.31)**, por concepto del valor de los servicios a la salud que la demandante le prestó a los afiliados de la demandada Nubia Marina Rodríguez González y Helí Rodríguez Silva en ejecución de los contratos G-089 de 1993 y G-078 de 1994.

4. Sobre estas sumas de dinero se pagarán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual desde el 20 de julio y el 30 de diciembre de 1994, respectivamente, esto es, a partir de los 30 días siguientes a la presentación de las facturas.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvó voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente