

**CLAUSULA DE TERMINACION UNILATERAL - Aplicación en los contratos de prestación de servicios. Legalidad e interpretación en caso de ambigüedad / TERMINACION UNILATERAL - Legalidad e interpretación en caso de ambigüedad**

Esas estipulaciones contractuales encaminadas a facultar a una o ambas de las partes del contrato para ponerle fin de manera anticipada y unilateral, por lo general no presentan dificultades de orden práctico cuando están llamadas a generar efectos exclusivamente entre los contratantes y, además, cuando se convienen en relación con contratos de ejecución sucesiva o extendida en el tiempo, en los cuales las prestaciones deben cumplirse a lo largo de un determinado período (...) Sin embargo, esa ruptura unilateral del contrato, aunque esté señalada en el mismo, deberá encontrarse justificada, ya que de otro modo podría derivar en un ejercicio abusivo de la facultad contractual, sobre todo cuando quien la invoca o acude a su aplicación es la misma parte que ha predispuesto unilateralmente las condiciones generales de la respectiva contratación (...) la Sala también estima importante y pertinente destacar que en estos casos deben examinarse algunas cuestiones adicionales que pudieren determinar el sentido en que deba ser interpretada dicha cláusula de terminación unilateral del contrato, puesto que independientemente de la validez que la pueda acompañar, el artículo 1624 del Código Civil indica la manera en que deben interpretarse las cláusulas ambiguas, aspecto alrededor del cual la doctrina y la jurisprudencia han construido una importante teoría acerca de las cláusulas abusivas. De acuerdo con lo anterior, para que sea procedente la indemnización de perjuicios cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral pactada en el contrato, deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio. (...) en el asunto que centra la atención de la Sala las partes habían pactado la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente, antes de su vencimiento. En este orden de ideas, no se trató de una terminación injustificada o arbitraria, puesto que CAJANAL E.P.S., estaba convencionalmente facultada para hacerlo por situaciones de conveniencia para la entidad. Sobre este particular, en la declaración rendida por el Gerente de la Seccional Yopal se indicó que la terminación del contrato con el demandante se produjo como consecuencia de la celebración, desde el nivel central de la entidad, de un contrato con una I.P.S., en condiciones más favorables. Desde esta perspectiva, no se produce una pérdida de oportunidad económica del demandante por los diez meses que faltaron por ejecutar del contrato, en consideración a que el principio legal de la fuerza obligatoria de los contratos (artículo 1602 Código Civil), fue modificado por voluntad de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía, decidieron que podían terminarlo unilateralmente antes del vencimiento del plazo pactado. Entonces, la inclusión de la cláusula décimo segunda excluye la probabilidad cercana a la certeza de que el contrato efectivamente iba a tener una ejecución de doce meses.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1624

**PREAVISO - Deber de indemnizar cuando no se da cumplimiento al preaviso estipulado**

El incumplimiento en que incurrió CAJANAL E.P.S., se limita a la inobservancia del preaviso de treinta (30) días establecido en la cláusula décima segunda del contrato y, por ende, la indemnización no puede ir más allá de ese período, si se tiene en cuenta que en el contrato no se pactó sanción pecuniaria especial, en caso de incumplir tal condición.

**CLAUSULAS EXHORBITANTES - Cláusula de terminación unilateral. Contratos en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias**

Integran este grupo los siguientes contratos: a) todos los contratos estatales que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal; b) los contratos estatales cuyo objeto lo constituya la prestación servicios públicos; c) los contratos para la explotación y concesión de bienes del Estado y; d) los contratos de obra pública. (...)En consecuencia, no resulta posible inferir una regla general al respecto, sino que deberá analizarse cada caso concreto, si el objeto específico de cada contrato estatal de suministro o de prestación de servicios, en cuanto no hubiere incorporado expresamente las facultades excepcionales de que trata el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, permite o no que en virtud del acuerdo de voluntades, cada una de las partes o sólo alguna de ellas puedan reservarse el derecho de terminar o revocar unilateralmente el contrato celebrado.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 NUMERAL 2

**CLAUSULAS EXHORBITANTES - Cláusula de terminación unilateral. Contratos en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas**

Se trata de los contratos de suministro y prestación de servicios. En estos casos es posible que las partes, por expresa autorización legal, acuerden la inclusión de potestades excepcionales –incluidas las que dan lugar a la terminación unilateral del correspondiente contrato estatal– con estricta sujeción a los alcances, las regulaciones, las previsiones y las exigencias contempladas en la propia Ley 80 y únicamente para que su ejercicio pueda realizarlo la correspondiente Entidad Estatal Contratante.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 968

**CLAUSULAS EXHORBITANTES - Cláusula de terminación unilateral. Contratos estatales en los cuales se debe prescindir totalmente de las cláusulas o estipulaciones excepcionales**

Componen este grupo los siguientes contratos: a) todos los que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; b) los contratos interadministrativos; c) los contratos de empréstito; d) los contratos de donación; e) los contratos de arrendamiento; f) los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las incluidas en el grupo de contratos con cláusula obligatoria; g) los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y h) los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 29 de enero de 1993, exp. 491.

**CLAUSULAS EXHORBITANTES - Cláusula de terminación unilateral. Contratos estatales no previstos o contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 y, por tanto, sometidos en mayor medida a los regímenes legales consagrados en los Códigos Civil y/o de Comercio**

Este importante grupo de contratos estatales, integrado por todos aquellos tipos contractuales que no encajan en una sola de las hipótesis contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 y ni siquiera mencionados a lo largo de sus diferentes preceptos, sin duda deberán seguirse por las mismas pautas o derroteros que se dejan indicados para los contratos que integran el grupo inmediatamente anterior, esto es el iii).

#### **PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Requisitos**

Esta Corporación, en sentencia del 11 de agosto de 2010, señaló los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto: (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes; (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—; (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”.

**NOTA DE RELATORIA:** Con relación a este tema, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

#### **INTERESES MORATORIOS - No pactados. Aplicación del art. 4 de la Ley 80 de 1993**

Comoquiera que las partes no acordaron el porcentaje de intereses moratorios, es necesario dar aplicación al artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

**COSTAS - No condena**

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA - SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

Bogotá D.C., mayo nueve (09) de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968)**

**Actor: LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA**

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, el diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001), mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: Declarar nula la Circular No. 003-99 de fecha 3 de marzo de 1999, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal por medio de la cual dio por terminado el contrato de prestación de servicios odontológicos No. 010-99 celebrado con el Doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA.*

*SEGUNDO: Declarar responsable a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, por incumplimiento al Contrato 010-99, conforme a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de este proveído.*

*TERCERO: Declarar resuelto el Contrato 010-99 celebrado entre la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL y LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA.*

*CUARTO: Condenar a pagar a LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, la suma de \$ 1'883.000.00, por concepto de perjuicios materiales derivados de la terminación*

del contrato demandado, suma que deberá ser actualizada conforme a la fórmula matemática financiera aceptada por el H. Consejo de Estado.

QUINTA: Esta sentencia se cumplirá en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

SEXTA: Deniéngense las demás súplicas de la demanda.

SÉPTIMA: Sin lugar a condena en costas.”

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Mediante demanda presentada, por intermedio de apoderado, el 15 de marzo de 2000 (folios 2 a 12 cuaderno 1) se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

#### “DECLARACIONES

1. Declárese nula la Circular No. 003-99 del 3 de marzo de 1999, expedida por EL ESTADO - CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD por medio de la cual se dio por terminado unilateralmente y sin mediar justa causa el Contrato de Prestación de Servicios Odontológicos No. 010-99 celebrado con el doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, para ser ejecutado en el término de 12 meses, contados a partir del 4 de enero de 1999.

2. Declarar que EL ESTADO - CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD dio por terminado el Contrato de prestación de servicios No. 010-99 a partir del 4 de marzo de 1999, celebrado con el doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, cuyo objeto consistía en prestar sus servicios de odontología a la Entidad Contratante por el término de 12 meses, de manera unilateral y sin justa causa.

3. Declarar que EL ESTADO - CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, al incumplir el contrato de Prestación de Servicios No. 010/99 omitió suscribir el acta correspondiente a la liquidación, además no dio la comunicación al contratista en el término de 30 días de antelación establecida en la cláusula décimo segunda para la terminación del contrato, se sustrajo por completo del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 4 de la ley 80 de 1993, rompiendo de esta manera el equilibrio contractual, que deberá ser restablecido por la Demandada.

4. Declarar que el valor real, monto o alcance del contrato de prestación de servicios médico odontológicos No. 010/99, corresponde al valor de las cuentas de cobro en el término de ejecución del mismo (60) días, de acuerdo a la cláusula Novena MONTO Y ALCANCE DEL CONTRATO, teniendo en cuenta el primer ítem de la condena que adelante se relaciona en el numeral 2., es decir el equivalente mensual a \$2'486.025.00.

#### CONDENAS

1. Condenar a EL ESTADO - CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, a pagar a favor del doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA la suma de \$18'830.000.00, valor correspondiente a los 10 meses faltantes para la ejecución del contrato de prestación de servicios base de la presente acción, término este

que se cuenta a partir del 4 de marzo de 1999, teniendo en cuenta los siguientes conceptos

Actividades odontológicas a ejecutar.....	14
Valor de la actividad odontológica.....	\$ 6.725.00
Valor de las actividades Odontológicas diarias sobre 14.....	\$ 94.150.00
Valor de las actividades Odontológicas semanales.....	\$ 470.750.00
Valor de las actividades Odontológicas mensuales.....	\$ 1.883.000.00
Cantidad de meses dejados de ejecutar 10.....	\$ 18.830.000.00

2. Condenar a EL ESTADO - CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD a pagar a favor del doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA la suma de \$6'030.250.00, valor correspondiente al número de actividades diarias sobre el número de 14, las cuales se calculan con base en el valor de las cuentas de cobro por mayor número de actividades odontológicas cumplidas en el término de ejecución del contrato equivalente a 60 días (5 de enero a 5 de marzo de 1999), según la cláusula novena del contrato.

(...)

3. Condenar a CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, a pagar al doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA la suma de \$1'830.000.00, correspondiente al 10%, valor de la indemnización por el rompimiento unilateral del equilibrio contractual con base en la suma indicada en la primera condena.

4. Condenar a CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, a pagar al doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA el valor de los intereses moratorios de conformidad con la certificación que para el efecto expida el Banco de la República, sobre la suma indicada en las condenas anteriores a partir del rompimiento unilateral y sin justa causa del equilibrio contractual.

5. Que se condene a CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD a pagar las costas, gastos y agencias en derecho teniendo en cuenta que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 539 del 28 de julio de 1999, declaró inexecutable el numeral 1), inciso segundo del art. 392 del C.P.C., los cuales ruego liquidar .”

## 2. Los hechos.

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

- El doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA celebró con CAJANAL E.P.S., seccional Yopal, el Contrato de Prestación de Servicios Odontológicos No. 010-99, para ser ejecutado en el término de 12 meses, contados a partir del 4 de enero de 1999.
- Mediante Circular No. 003-99 del 3 de marzo de 1999, CAJANAL E.P.S., dio por terminado unilateralmente, a partir del 4 de marzo de 1999, el aludido contrato de prestación de servicios odontológicos No. 010-99.

- En la cláusula décimo segunda del contrato celebrado se pactó la posibilidad de que cualquiera de las partes terminara el contrato unilateralmente, con un preaviso de 30 días.
- El demandante adelantó ante la Cámara de Comercio de Casanare el trámite arbitral pactado en la cláusula compromisoria, pero se declaró terminado por la no cancelación de honorarios a los árbitros designados.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

La parte actora invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: **i)** artículos 1594, 1600, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1568 del Código Civil; **ii)** La Ley 80 de 1993, sin citar artículos; **iii)** artículos 35, 84 y 87 del Código Contencioso Administrativo; y **iv)** los artículos 27, 29, 71, 76, 83, 890, 95, 123 y 209 de la Constitución Política. Los argumentos de la violación fueron los siguientes (folio 6 cuaderno 1):

*“Es principio general del derecho en cuanto que el Contrato es ley para las partes, según lo expresado en el art. 1602 del C.C. y ss, circunstancia fáctica y jurídica que CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD se sustrajo del cumplimiento de dar por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de prestación de servicios odontológicos con el Actor, rompiendo de esta manera el equilibrio contractual generando enormes perjuicios para la parte que estuvo atenta a cumplir con el objeto contratado.*

*Se quebrantó directamente lo dispuesto en los arts. 35 y 84 del C.C.A. al haberse desconocido el derecho de audiencia y defensa del Actor, al no haber sido escuchado al momento de dar por terminado de manera unilateral el contrato de la presente acción contractual, igualmente al no haberse expedido la comunicación que se había pactado en la cláusula décimo segunda del contrato de marras.*

*Se entró en desconocimiento del art. 4 de la ley 80 de 1993, numerales 6, 8 y 9, por parte de la Entidad contratante, igualmente lo expuesto en el art. 15 ibídem, en lo que tiene que ver con la no suscripción de una Acto administrativo debidamente motivado donde se reflejara la manifestación de voluntad de la administración al dar por terminado de manera unilateral el objeto contratado.”*

### **4. Actuación procesal.**

4.1. El Tribunal Administrativo del Casanare admitió la demanda por auto del 30 de marzo de 2000 (folios 50 y 51 cuaderno principal).

4.2. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 13 de julio de 2000 (folios 78 y 79 cuaderno principal).

4.3. Por auto del 21 de septiembre de 2000 se citó a la partes a audiencia de conciliación (folio 80 cuaderno principal), la cual se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes (folio 87 cuaderno principal).

### **5. Contestación de la demanda.**

CAJANAL E.P.S., se opuso a la pretensiones de la demanda indicando que la terminación del contrato no se produjo por el ejercicio de una potestad excepcional, sino por la habilitación pactada en las cláusulas octava y décimo

segunda del contrato, lo cual fue cumplido por la entidad, sin que hubiera lugar a mantener las expectativas de lucro del contratista (folios 62 a 65 cuaderno principal).

## **6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

En auto del 26 de octubre de 2000, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 98 del cuaderno principal).

6.1. Luis Carlos Pérez Barrera (folios 99 a 101 cuaderno principal). Consideró que está demostrado que la terminación unilateral se produjo mediante un acto administrativo que no fue motivado y que produjo una pérdida de oportunidad económica que debe ser resarcida.

6.2. CAJANAL .E.P.S. No presentó alegatos de conclusión.

6.3. Ministerio Público. No emitió concepto.

## **7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Casanare accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 102 a 115 cuaderno principal):

Consideró que existió incumplimiento de CAJANAL E.P.S., respecto del Contrato celebrado con el doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, en lo referido a la terminación unilateral, comoquiera que no lo hizo con 30 días antelación, según se había pactado en la cláusula décima segunda. En consecuencia, consideró que solamente era procedente indemnizar el equivalente a un mes de actividades odontológicas. Negó el reconocimiento del deprecado desequilibrio económico por pérdida de oportunidad, con el siguiente planteamiento, amén de que no acogió las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento de intereses moratorios:

*“En el anterior orden de ideas, no podemos hablar de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 4º de la ley 80 de 1993 y por ende no se vulneran los principios previstos en los arts. 35 y 84 del C.C.A., sobre el derecho de audiencia y defensa del actor, por cuanto en este caso no era necesario suscribir acto administrativo debidamente motivado donde se reflejara la manifestación de la voluntad de la administración al dar por terminado el contrato, como ya se indicó por cuanto no se hizo uso de las cláusulas exorbitantes, sino de la Cláusula DÉCIMA SEGUNDA.*

*De otra parte, tampoco se evidencia rompimiento del equilibrio contractual, por cuanto este fenómeno se presenta es cuando se rompe la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos en el momento de proponer o de contratar en voces del artículo 27 del estatuto contractual y en el caso bajo estudio no se observa que el contratista haya invertido mayores costos para efectos de ejecutar el contrato, muy por el contrario conforme a la cláusula SEXTA se pactó lo referente a tarifas y formas de pago.”*

## **8. El recurso de apelación.**

La parte actora fundamentó su inconformidad para con la decisión de primera instancia en el hecho de que la entidad demandada durante el trámite arbitral previo a la demanda manifestó su intención de acoger la totalidad de las pretensiones. No encuentra racionalidad en la sentencia al conceder todas las declaraciones, pero negar las indemnizaciones (folios 120 a 121 cuaderno 1):

*“De lo anterior podemos deducir, que si CAJANAL E.P.S., incumplió el contrato No. 010/99 suscrito con el Actor, base de la demanda, lógico es concluir que deba indemnizar la oportunidad contractual perdida, en la forma como se expresó en las pretensiones, pues recordemos que incluso CAJANAL, sentó las bases para calcular el número de consultas odontológicas en el objeto del contrato, las cuales señalan el monto a indemnizar en la mencionada oportunidad perdida por el incumplimiento por parte de la Demandada y que afortunadamente ya se encuentra declarado judicialmente.*

*No hay racionalidad jurídica en la Providencia Apelada, en cuanto a que prosperan todas las declaraciones, pero se desestiman las condenas, dejando de lado el acceso a la administración de justicia al Contratista, quien estuvo presto a cumplir con el objeto contractual, y que hoy a pesar de la prosperidad de las declaraciones, no se decretaron las condenas como una forma de indemnizar y resarcir los perjuicios causados como consecuencia de la oportunidad contractual perdida para el Actor a causa del incumplimiento de la Demandada al declarar la terminación unilateral del contrato.”*

#### **9. Actuación en segunda instancia.**

9.1. En auto del 17 de agosto de 2001 se admitió el recurso de apelación interpuesto (folio 125 cuaderno principal).

9.2. Mediante providencia del 21 de septiembre de 2001 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 136 cuaderno principal).

#### **10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

10.1. La parte demandante (folios 131 a 135 cuaderno principal). Consideró que la primera instancia no reconoció la indemnización por oportunidad perdida que podía ser calculada según los términos pactados en el contrato. Reiteró el ánimo conciliatorio que tenía CAJANAL en el trámite arbitral. De otro lado, no resulta lógico que se decrete la nulidad de la Circular No. 003/99, por la cual se terminó el contrato y se nieguen los perjuicios reclamados.

10.2. CAJANAL E.P.S., (folios 137 a 138 cuaderno principal). En la cláusula sexta del contrato no se estableció un mínimo de pacientes sobre el cual pudiera calcularse la condena de la sentencia. Tampoco se estableció una multa o indemnización alguna por el incumplimiento del aviso previo de 30 días.

10.3. El Ministerio Público. No emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

Para desatar el presente conflicto judicial la Sala analizará los siguientes aspectos: **a)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **b)** pruebas recaudas y su valoración; **c)** los límites del recurso de apelación; **d)** La extinción

del contrato estatal por terminación o revocación unilateral; y e) el análisis del caso concreto.

### 1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>1</sup> de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto CAJANAL E.P.S., tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de entidad descentralizada por servicios.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.**”*<sup>2</sup> (Negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el*

<sup>1</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

*derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*<sup>3</sup>

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

*“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”. (Negrillas fuera de texto)*

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

---

<sup>3</sup> Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

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

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

*“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.”* (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

*“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:*

*“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.”*

## **2. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>4</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía<sup>5</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>6</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención

<sup>4</sup> Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

<sup>5</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

<sup>6</sup> Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

(artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

*“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.*

*“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.*

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere estudiar cada una de las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los medios de convicción aportados y recaudados con su respectiva calificación probatoria:

### **2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

**2.1.1.** Circular 003-99 del 3 de marzo de 1999, por medio del cual CAJANAL E.P.S., terminó unilateralmente el contrato No. 010-99. (folio 13 cuaderno 1).

**2.1.2.** Contrato No. 010-99 del 4 de enero de 1999, suscrito entre CAJANAL E.P.S., y el doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA (folios 14 a 16 cuaderno 1).

**2.1.3.** Expediente del trámite arbitral adelantado ante la Cámara de Comercio de Casanare, que se declaró terminado por la no cancelación de honorarios a los árbitros designados (folios 17 a 77 cuaderno 1).

**2.1.4.** Informe de valores pagados y pacientes atendidos desde el 1 de marzo de 1999 al 4 de enero de 2000 (folios 24 a 34 cuaderno 2).

## **2.2. Declaración de parte.**

El Director de CAJANAL E.P.S., seccional Yopal, doctor GERMÁN LUNA MARTÍNEZ, manifestó que el contrato celebrado con el demandante fue terminado, por cuanto que la sede principal en Bogotá había contratado los servicios de una I.P.S., que ofrecía el servicio en condiciones más favorables para la entidad. Sobre las sumas reclamadas, manifestó que estas eran objeto de estudio del comité de defensa y conciliación judicial (folios 3 a 5 cuaderno 2).

Pues bien, sobre esta prueba la Sala recuerda que la finalidad del interrogatorio de parte consiste en lograr o conseguir la confesión de la parte contraria; para que ello ocurra se requiere de la observancia de los siguientes presupuestos, los cuales han sido reiterados por la jurisprudencia:

*“(i) Que quien la rinda esté reconocido como parte en el proceso, bien sea como demandante, demandado, sucesor procesal, interviniente ad excludendum o litisconsorcial, pero debe tenerse presente que los sustitutos procesales, los litisconsortes y coadyuvantes pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituido ni del coadyuvado ni de los otros litisconsortes, en relación con los cuales la confesión de aquél tendrá el valor de testimonio de tercero. En el caso del litisconsorte necesario, la confesión no puede producir efectos de plena prueba contra el confesante, debido a que la sentencia debe ser igual para todos y la confesión no puede vincular a los demás<sup>7</sup>.*

*(ii) Quien confiese debe tener plena capacidad, salvo excepción legal, y disponibilidad del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado. La confesión debe: versar sobre hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante; recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; ser expresa, consciente y libre, es decir, sin coacción física, psicológica o moral y rendirse con el cumplimiento de las formalidades procesales.*

*(iii) La confesión debe ser rendida personalmente, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro, como en el caso de los representantes legales o convencionales, mientras ejerzan el cargo y siempre que la confesión verse sobre hechos o actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Se exceptúa a los representantes legales de algunas entidades públicas, porque su confesión no vale. En el caso de los apoderados judiciales, su confesión vale siempre que estén autorizados para ello por ley y en el poder*

---

<sup>7</sup> Estos temas han sido ampliamente tratados en la doctrina, en particular se remite a HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales.* Bogotá, 8ª ed., 1984, pags. 193 y ss.

*tengan autorización para el efecto, la cual se presume para la demanda, las excepciones y la contestación.*

*Por lo tanto, si la declaración del representante legal versa sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones o las del apoderado judicial sobre hechos ajenos al proceso no constituye confesión, aun cuando manifieste obrar a nombre de su representado o poderdante, pero, además, se requiere que aquéllos tengan facultades para imponer a éstos la obligación o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduzca<sup>8</sup>.*

Así pues, la regla general enseña que la declaración de parte que reúna los requisitos antes mencionados constituye confesión judicial, con los efectos que tal circunstancia supone; no obstante lo anterior, el artículo 199 del C. de P. C., prevé una excepción a esta regla general según la cual resulta improcedente la confesión espontánea o provocada –a través de la práctica de un interrogatorio de parte– de los representantes judiciales de la Nación, de los Departamentos, de los Distritos Especiales, de los Municipios y de los Establecimientos Públicos, por lo cual se dispone que en lugar del interrogatorio pueda pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda un informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella le conciernan, los cuales deberán estar determinados en la respectiva solicitud.

Según se observa, dentro del listado de entidades incluidas en la disposición jurídica antes citada no se incluye a las Empresas Sociales del Estado, las cuales, valga decirlo, según la Ley 489 de 1998, son bien diferentes de los establecimientos públicos.

En efecto, la Ley 489 de 1998, que regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, define en el artículo 70 a los Establecimientos Públicos como los organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos de conformidad con las reglas del Derecho Público. Por esta razón, los actos administrativos que éstas profieran, en ejercicio de funciones administrativas, se regulan por el C.C.A., y los contratos que celebren son regidos por el Estatuto Contractual de las Entidades Estatales contenido en la Ley 80 y en las normas que lo complementen, adicionen o modifiquen (artículo 81).

Por su parte, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, las cuales desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica con sujeción a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que la ley disponga (artículo 85), por ello los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Por su parte, los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto también se sujetan a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las Entidades Estatales (artículo 93).

Como se observa, la ley define y diferencia los Establecimientos Públicos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tanto en su naturaleza como en su régimen jurídico. Esta diferenciación no se introdujo con la Ley 489 de 1998, puesto que desde el año 1968, a través del Decreto-ley 1050, en el ordenamiento se estableció esta distinción<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Auto del 25 de octubre de 2006. Expediente 25000-23-27-000-2004-00502-02(AG).

<sup>9</sup> En efecto, el Decreto-ley 1050 –derogado por la Ley 489 de 1998– dispuso:

Así pues, si desde el año 1968 los Establecimientos Públicos no se asimilan a las empresas industriales y comerciales del Estado, a tal punto que el ordenamiento establece una regulación diferente, por lo menos, en relación con la naturaleza y el régimen aplicable a los actos y contratos que adelanten en desarrollo y cumplimiento de sus funciones, hay lugar a concluir que cuando el artículo 199 del C. de P. C., no incluye a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es porque considera, en principio, que el representante legal de éstas entidades podría llegar a confesar y, por tanto, podría resultar procedente que se solicite y se decrete un interrogatorio de parte.

No obstante lo anterior, el artículo 199 del C. de P. C., no puede ser analizado de manera aislada, en la medida en que para determinar el real alcance de tal disposición resulta necesario acudir al estudio del artículo 87 de la Ley 489 de 1998, a cuyo tenor:

*“Artículo 87.- PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS. Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la rama ejecutiva del poder público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.” (Se deja subrayado y resaltado).*

De la lectura del primer inciso de la norma en comento cabe inferir al extenderse a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado los privilegios y prerrogativas que la Constitución y la ley le confieren a la Nación y a las entidades territoriales, está incluyendo en este supuesto la imposibilidad de la confesión judicial de los representantes judiciales de estas empresas.

La Caja Nacional de Previsión Social, entidad demanda en este proceso, fue creada como Establecimiento Público del orden nacional, de conformidad con la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1600 de 1945, modificado, entre otros, por los Decretos 3391 de 1982, 3128 de 1983, 614 de 1984 y 2147 de 1992, con el objeto de pagar y atender las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, tales como el pago de pensiones de jubilación y la prestación de los servicios integrales de salud.

En cumplimiento del artículo 236 de la Ley 100 de 1993 se modificaron sus estatutos con el fin de que siguiera prestando los servicios de salud y atendieron las funciones de una Entidad Promotora de Salud, modificación que fue aprobada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1736 de 1995, para lo cual fue autorizada por la

---

*ARTICULO 5o. DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:*

- a) Personería jurídica;*
- b) Autonomía administrativa, y*
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.*

*ARTICULO 6o. DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características.*

- a) Personería jurídica;*
- b) Autonomía administrativa, y*
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.*

Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 0959 de 22 de diciembre de 1995.

La Ley 490 de 30 de diciembre de 1998 transformó dicha entidad en “Empresa Industrial y Comercial del Estado” (art. 1º) y le asignó como objeto el de operar en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (E.P.S.), autorizándola para desarrollar y administrar otras prestaciones económicas y de salud, así como servicios complementarios en los términos de la Ley 100 de 1993 ( art. 2º ), al tiempo que en lo concerniente a pensiones sólo le dejó las funciones de tramitarlas y reconocerlas, así como de recaudar las cotizaciones en los términos establecidos por la ley y girarlas mensualmente al FOPEP.

De esta forma, CAJANAL tiene actualmente, y desde la época de la demanda, el carácter de Entidad Promotora de Salud y de manera complementaria cumple las funciones de reconocer y liquidar las pensiones que sean de su cargo, al igual que recaudar las cotizaciones para pensión y girarlas al FOPEP mensualmente.

En este orden de ideas, debe aplicarse el primer inciso del artículo 87 de la Ley 489 de 1998, en cuanto extiende los privilegios y prerrogativas establecidos para la Nación y las entidades territoriales sin hacer distinción alguna al respecto, por lo cual puede concluirse entonces que sin importar el ámbito en el cual la Constitución y la ley otorguen tales beneficios -incluyendo, por su puesto, el ámbito procesal-. En consecuencia, la Sala no tendrá en cuenta la declaración de parte rendida por el Director de CAJANAL E.P.S., seccional Yopal. Se añade a lo anterior, que en el caso concreto no hay lugar a la aplicación de la excepción prevista en el inciso segundo de la norma antes señalada<sup>10</sup>, puesto que en esta *litis* no se debaten aspectos que impliquen menoscabo a los principios de igualdad y libre competencia con empresas privadas.

### **3. Objeto del recurso de apelación. *No reformatio in pejus.***

Resulta necesario precisar que el recurso de apelación formulado por la parte actora contra el fallo de primera instancia está encaminado a lograr la imposición de las indemnizaciones correspondientes a perjuicios por la pérdida de oportunidad, derivados de la declaración de incumplimiento del contrato de servicios celebrado con CAJANAL E.P.S.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, razón por la cual y dado que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta, la Sala debe abstenerse de examinar los aspectos relacionados con la declaratoria de nulidad de la Circular 003 de marzo 3 de 1999 y como de la declaratoria de incumplimiento del contrato No. 010/99 dispuesta por el Tribunal Administrativo del Casanare en contra de la entidad demandada, por carecer de competencia para ello, de conformidad con la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., cuyo tenor indica:

***“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”.*** (negritas de la Sala).

---

<sup>10</sup> “(...) No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas.”

En este orden de ideas resulta claro que, por regla general, para el juez de segunda instancia el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia de la sentencia, de acuerdo con el cual *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*<sup>11</sup>.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem* para efectos de proferir el fallo respectivo con el que se ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único en la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

*“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i).*- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva hubiere sido formulada por un solo interesado, lo cual comprende tanto las hipótesis en las cuales la apelación hubiere sido interpuesta por diversos sujetos procesales que comparten un mismo interés o que integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), como los eventos en los cuales si bien la apelación proviene de diversos sujetos procesales lo cierto es que cada una de tales impugnaciones se refiere a puntos, a decisiones o a intereses diferentes entre sí, totalmente independientes y que, por tanto, no chocan ni se contradicen. *ii).*- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo *“(…) aun cuando fuere desfavorable al apelante”* (artículo 357, inciso final, C. de P. C.).

#### **4. La extinción del contrato estatal por terminación o revocación unilateral. Modalidades, alcances y efectos.**

---

<sup>11</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

Antes de abordar el estudio del asunto objeto de juzgamiento, considera la Sala importante efectuar algunas precisiones sobre la terminación unilateral de los contratos estatales, según que la misma sea el resultado del ejercicio de una prerrogativa excepcional o bien porque así lo hubieren pactado las partes en las cláusulas del contrato. En este sentido, son diversos los efectos jurídicos que se derivan de la terminación unilateral regida por la Ley 80 de 1993, de aquellos que devienen de una cláusula de terminación unilateral, pactada espontánea y libremente por las partes, aplicable a aquellos contratos regidos por el Derecho civil o comercial, según voces del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, la Sala se ocupará, en primer lugar, de los diversos modos de extinción de las obligaciones y terminación de los contratos; en segundo lugar, de la terminación unilateral o revocatoria de los contratos estatales, distinguiendo y precisando los casos en los que se efectúa en virtud de una facultad excepcional y en aquellos en los que es posible que sea pactada por las partes en los contratos estatales. En este último tema se incluirá un análisis detallado sobre la aplicación restrictiva de la autonomía de la voluntad, para pactar la terminación o revocación unilateral en los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

#### **4.1. Modos de extinción de las obligaciones y terminación de los contratos.**

Las obligaciones no constituyen un fin en sí mismas, es decir, su propósito no es el de crear vínculos jurídicos con vocación de permanencia indefinida en el tiempo; por regla general tienen carácter temporal de acuerdo con el principio según el cual *“no hay obligaciones irredimibles”*. La obligación, una vez constituida, tiene como única finalidad hacer posible la prestación de dar, hacer o no hacer, que llevó en un primer momento a su creación. Sin embargo, existen algunas hipótesis en las que a pesar de que la relación obligatoria no ha sido satisfecha a cabalidad, el ordenamiento jurídico impone su disolución, en aras de garantizar estabilidad y seguridad en el tráfico legal; en estos casos, la relación obligatoria surge a la vida jurídica pero expira sin poder haber atendido su fin.

La doctrina ha clasificado los modos de extinción de las obligaciones dependiendo de si la prestación fue satisfecha directa o indirectamente o sí, por el contrario, aquella por diversos motivos nunca se ejecutó. Dentro de los modos de extinción con satisfacción de la prestación los expertos han clasificado el *pago* (artículo 1626 del C.C.), la *novación* (artículo 1687 del C.C.), la *compensación* (artículo 1714 C.C.) y la *transacción* (artículo 2469 C.C.). De otro lado, dentro de los modos de extinción de las obligaciones que no conllevan el cumplimiento de lo debido se han encasillado la *remisión* (artículo 1711 C.C.), la *prescripción liberatoria* (artículo 2512 C.C.), la *imposibilidad de ejecución* y los denominados *otros modos* de extinción de las obligaciones, que ocurren cuando por diferentes razones el negocio que ha servido de fuente de la obligación pierde eficacia, sea en virtud de un acto de voluntad o por declaraciones judiciales<sup>12</sup>. No sobra recordar que estas hipótesis de disolución del vínculo obligatorio contempladas en el derecho civil generalmente también aplican a los negocios jurídicos del régimen mercantil, en virtud de lo establecido en el artículo 822 del Código de Comercio.

De otro lado, a propósito de la *terminación del contrato*, entendiendo que esa figura no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado

---

<sup>12</sup> Cfr. Diego Orlando Romero Cruz, “Extinción de las obligaciones, visión panorámica y plan de trabajo”, publicado en: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo II, Volumen 2, Universidad de los Andes, 2010, pp. 202 y siguientes.

vínculo obligatorio, según los lineamientos que al respecto ha trazado la doctrina<sup>13</sup>, resulta perfectamente posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos.

En la primera categoría, esto es entre los *modos normales de terminación de los contratos de la Administración*, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: **a).**- cumplimiento del objeto; **b).**- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; **c).**- terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y **d).**- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.

Los *modos anormales de terminación de los contratos de la Administración* se configuran, a su turno, por: **a).**- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; **b).**- terminación unilateral propiamente dicha; **c).**- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; **d).**- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; **e).**- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; **f).**- declaratoria judicial de terminación del contrato; y **h).**- declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el *mutuo consentimiento de las partes*, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato –puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada–, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del transcurso normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.).

A esa manera de agrupar las causales de terminación de los contratos ya se había referido esta Corporación, según lo refleja la Sentencia fechada en mayo 11 de 1990<sup>14</sup>, en la cual se afirmó:

*“Además, los contratos administrativos pueden terminar normal o anormalmente. En el primer evento, por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debidos. En el segundo, por caducidad o terminación unilateral, o por vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido.*

*“Terminado normal o anormalmente un contrato, en especial en los contratos de suministro, obra pública o prestación de servicios, procederá su liquidación, en los términos señalados en el mismo contrato. Liquidación que podrá hacerse de común acuerdo, o en forma unilateral, en caso contrario, por la entidad pública contratante y mediante resolución motivada”.*

#### **4.2. La terminación unilateral o revocatoria de los contratos estatales como facultad excepcional o como estipulación contractual.**

El vocablo “revocar”, según la Real Academia de la Lengua, es sinónimo de “dejar sin efecto” una concesión, un mandato o una resolución. En esta misma línea se define la “revocación” como el *“Acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por la*

<sup>13</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. “TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”. Volumen I, parte general. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. Páginas 469 a 499.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1990, expediente 5335. Magistrado Ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo.

*voluntad del otorgante*". Quiere significar lo anterior que quien revoca pone fin a la voluntad originaria, que concurrió a dar nacimiento al negocio o acto jurídico, ocasionando la cesación de los efectos de ese momento, es decir, *in futurum, ex nunc*. Por regla general el campo de aplicación más importante de la revocación se encuentra en los negocios jurídicos unilaterales, perfectos con la voluntad de una sola de las partes, como por ejemplo la revocación del testamento (artículo 1057 C. C.) o de la oferta pública (artículo 857 C. de Co.).

También la revocación unilateral, asimilable en sus efectos a la terminación unilateral de la obligación, se ha contemplado como una manera indirecta de extinguir las obligaciones por ministerio de la ley, para cierto tipo de contratos. Tal situación ocurre, por ejemplo, en el contrato de mandato<sup>15</sup>, el arrendamiento de servicios inmateriales<sup>16</sup> y la confección de obra material<sup>17</sup>, en los cuales se erige como indispensable la confianza recíproca de las partes. Adicionalmente, la misma prerrogativa puede atribuirse de manera convencional a uno u otro de los contratantes cuando, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, se reservan la facultad de extinguir unilateralmente la relación obligatoria. A título de ejemplo se tiene el pacto de arras sin efectos confirmatorios que implica, por regla general, el derecho de las partes a retractarse unilateralmente, perdiendo el valor de aquellas o asumiendo la obligación de devolverlas dobladas<sup>18</sup>. También se encuentra en tal sentido la estipulación que permite a cualquiera de las partes dar por terminado el contrato de arrendamiento antes del vencimiento del plazo convenido.

Ahora bien, dado que en las normas que rigen la contratación estatal la *terminación unilateral* se ha previsto como una potestad excepcional a favor de las Entidades Estatales Contratantes, se impone la necesidad de examinar si en aquellos contratos a cuya celebración ha concurrido la Administración Pública y que deban regirse por las disposiciones del Derecho Civil o del Derecho Comercial, según el caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80, las partes del respectivo contrato tendrían la posibilidad de convenir válidamente, por vía contractual, la potestad de terminación unilateral a favor de una o las dos partes del respectivo vínculo obligacional.

#### **4.2.1. La facultad excepcional de terminación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal contratante.**

Al regular de manera especial los contratos que celebran las Entidades Estatales, el legislador ha determinado, a través de muy variados eventos y con importantes diferencias en cuanto a sus efectos, la procedencia de la terminación o finalización de la respectiva relación por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante.

Esas diversas previsiones legales permiten identificar la "*terminación unilateral de los contratos estatales*" como un género, dentro del cual, a su turno, pueden distinguirse algunas especies, las cuales, como es natural, participan de ciertas notas comunes sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que, a la vez, son muchos y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

---

<sup>15</sup> Código Civil, artículo 2189 y artículo 1279 C.de Co.

<sup>16</sup> Código Civil, artículo 2066.

<sup>17</sup> Código Civil, artículo 2056.

<sup>18</sup> Código Civil, artículo 1859.

Dentro del aludido género de la “*terminación unilateral de los contratos estatales*” por determinación de la Entidad Estatal Contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura:

*i).*- La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80;

*ii).*- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y

*iii).*- La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, *a)* el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; *b)* cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin de manera anticipada al respectivo contrato estatal, comoquiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; *c)* como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; *d)* la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; *e)* como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido para el efecto en la ley; *f)* una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación<sup>19</sup> del contrato estatal en cuestión.

Sin embargo, como ya se dejó señalado, las referidas “*especies*” del género de la “*terminación unilateral de los contratos estatales*” también se diferencian significativamente entre sí, cuestiones que fácilmente se pueden derivar de los aspectos propios de cada una de ellas y que, de manera resumida en cuanto a los más destacados, se presentan a continuación:

**4.2.1.1. La *terminación unilateral propiamente dicha*** encuentra su regulación básica y fundamental en los artículos 14 y 17 de la Ley 80.

De conformidad con dichas disposiciones legales, es posible precisar que la misma se encuentra consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley (artículo 14-1, Ley 80), consistentes en tener “(...) *la dirección*

---

<sup>19</sup> Acerca de la liquidación de los contratos estatales y sus diferencias con la terminación de los mismos, así como acerca de las variadas modalidades de liquidación (bilateral, unilateral o judicial), oportunidades para su realización y demás aspectos relacionados con la liquidación de los contratos estatales, se encuentra el pronunciamiento que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de diciembre 4 de 2006, proceso número 15239, radicación R-0507, actor DATA BASE SYSTEM LTDA.

*general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”.*

Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene “(...) *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (...)*” de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, esto es: **a)** *“en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”*; **b)** en los contratos que tengan por objeto *“la prestación de servicios públicos”*; **c)** en los contratos que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”* y **d)** *“en los contratos de obra”*, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos **f)** *“contratos de suministro”* y **g)** *contratos “de prestación de servicios”*, en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa y, por tanto, se encuentra expresamente autorizada por la ley su inclusión.

Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral *“(...) deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.*

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.

Tales causales, recogidas en el también citado artículo 17 de la Ley 80, son las siguientes:

*“1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

*“2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

*“3º Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista.*

*“4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

*“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numeral 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”*

**4.2.1.2. La caducidad administrativa del contrato**, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas<sup>20</sup>.

Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) “(...) *no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*”, por lo cual una vez se encuentre en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80).

**4.2.1.3. La terminación unilateral de que trata el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80.** La norma legal en cita dispone, de manera imperativa, que el jefe o representante legal de la respectiva Entidad Estatal contratante debe dar por terminado el contrato estatal, cuando respecto del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de ese mismo estatuto contractual.

---

<sup>20</sup> Las principales disposiciones legales que hoy consagran y prevén la aplicación de la caducidad administrativa en los contratos estatales son las siguientes:

➤ Artículo 18 de la Ley 80: ... *la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado [se refiere al contrato estatal] ...* en los casos en que se presente “... *alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenci[e] que puede conducir a su paralización ...*”.

➤ El numeral 5 del artículo 5 de ese mismo estatuto de contratación estatal, prohíbe a los contratistas particulares que accedan “... *a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho*”, al tiempo que les impone el deber de informar de inmediato sobre la ocurrencia de esos hechos, ante las autoridades competentes. A ello agrega, la norma legal en cita, que “[e]l incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaración de caducidad del contrato”.

➤ Los artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 de la Ley 418, proferida en el año de 1997, comúnmente conocida como *Ley de orden público*, cuya vigencia fue prorrogada inicialmente por espacio de tres años mediante la Ley 548, adoptada en el año de 1999, posteriormente prorrogada por cuatro (4) años más mediante la Ley 782, promulgada en el año 2002 y actualmente vigente en virtud de la prórroga que por espacio de cuatro (4) años más dispuso la Ley 1106, expedida en el año 2006, contienen múltiples y variadas disposiciones en virtud de las cuales se autoriza e incluso se ordena la declaratoria de caducidad administrativa de cualquier contrato celebrado por una entidad pública cuando el contratista incurra en conductas, previstas en esas mismas normas, que determinen su participación, colaboración, financiación o cualquier otra forma de auxilio para con los grupos armados organizados al margen de la ley.

➤ El artículo 61 de la Ley 610, expedida en el año 2000, prevé que las contralorías deben solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, esto es a la entidad estatal contratante, que declare la caducidad del contrato en el cual se encuentre vinculado el contratista particular que hubiere sido declarado fiscalmente responsable.

➤ La Ley 789, expedida en el año 2002, por medio del párrafo 2º de su artículo 50, según el texto hoy vigente, modificada por el artículo 1º de la Ley 828, dictada en el año 2003, determina de manera imperativa que si durante la ejecución de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal o a la fecha de su liquidación, se observe la persistencia, por cuatro (4) meses, del incumplimiento del contratista particular respecto del pago de los aportes parafiscales que constituyen sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral (sistema de salud, pensiones, riesgos profesionales, aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar) , “... *la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa*”.

Así reza el referido artículo 45 de la Ley 80:

**“Artículo 45.** *De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.*

*“En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.*

La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas.

Acerca del ejercicio de la potestad de terminación unilateral de los contratos estatales por parte de la Administración, en los eventos de nulidad absoluta del contrato, la Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en Sentencia T-1341 de 2001, sostuvo lo siguiente:

*“En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.*

*“Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando”.*<sup>21</sup>

Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º o 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en alguno de los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por lo tanto, en esos otros

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del respectivo contrato.

En virtud del principio de legalidad<sup>22</sup>, principio básico en un Estado de Derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual determina que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del Derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>23</sup> ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **“la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”**<sup>24</sup>.

Igualmente se ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia, lo siguiente<sup>25</sup>:

*“(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina<sup>26</sup>, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”*<sup>27</sup>.

*Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)* (Negrilla no es del texto)

La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas excepcionales que se han consagrada para el ejercicio,

---

<sup>22</sup> La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” (Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar Traducción de la sexta edición francesa, 1980, Madrid, Pág. 219).

<sup>23</sup> Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>24</sup> GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda. Medellín, 5ª ed., 1995. Pág. 59.

<sup>25</sup> Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>26</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

<sup>27</sup> Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

exclusivamente, de las correspondientes Entidades Estatales Contratantes; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las Entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma.

No sobra señalar, como ya lo ha puesto de presente la Jurisprudencia de esta Corporación, que la terminación unilateral de la que se viene tratando, aunque encuentra origen en la configuración de una "causal" de nulidad absoluta no equivale a su declaratoria; así lo puntualizó la Sala:

***"2.5.- Diferencias entre la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad absoluta.***

*Si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.*

*La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.*

*Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.*

*Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.).*

*Esas diferencias permiten advertir también que mientras la terminación unilateral del contrato estatal, incluso con fundamento en alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, únicamente resulta procedente o viable en cuanto el respectivo contrato se encuentre vigente, por la sencilla pero potísima razón de que no es*

posible dar por terminado un contrato que previamente ya ha finalizado; por el contrario, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal perfectamente puede adoptarse -e incluso solicitarse-, con posterioridad a la terminación del mismo.

Además, la declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal, por parte de la entidad contratante, en razón a la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato; por el contrario, de ninguna manera podría concebirse, siquiera, la posibilidad de que un contrato que hubiere sido declarado judicialmente nulo, con posterioridad a tal decisión judicial pudiere ser objeto de terminación unilateral por parte de la entidad estatal contratante.

Lo anterior permite poner de presente que si bien al declarar la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, el jefe o representante legal de la entidad contratante examina y verifica la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo cierto es que él no realiza un examen acerca de la validez del contrato ni su pronunciamiento tiene alcances o efectos sobre esos aspectos reservados al juez del contrato.

Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.

A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada.

Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la misma Ley 80, al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, "ex nunc", mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir que está llamada a generar efectos "ex tunc".<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15559.

#### **4.2.2. La terminación unilateral del contrato pactada por las partes en los Contratos estatales.**

Ahora bien, además de las referidas facultades excepcionales que la ley consagra y regula de manera expresa para que la correspondiente Entidad Estatal Contratante pueda, de manera unilateral, poner fin de manera anticipada a determinados contratos de Derecho Público, se impone examinar si resulta legalmente válido que dicha atribución de terminar anticipadamente el respectivo contrato estatal pueda tener origen en una estipulación o convenio de naturaleza eminentemente contractual, a partir de cuya adopción alguna o todas las partes del respectivo contrato estatal, incluyendo al propio contratista particular, puedan adoptar, de manera unilateral, una decisión de tanta trascendencia y de tan importantes alcances para la vida misma del contrato estatal en cuestión, como la de ponerle fin antes de que se agote el objeto o se venza el término que las partes del contrato tuvieron como norte al momento de proceder a su celebración o conclusión.

Si bien en una primera y desprevenida aproximación al tema podría pensarse, de manera genérica, que así como el vínculo contractual encuentra origen, de manera necesaria e indefectible, en la voluntad de las partes contratantes, comoquiera que el consentimiento se erige en uno de sus elementos esenciales y el artículo 1602 del Código Civil le atribuye el carácter o la fuerza de una *“ley para los contratantes”* al contrato que ha sido celebrado válidamente, en cuanto ese mismo consentimiento, por virtud de lo previsto en la norma legal en cita, es el que puede invalidar y dejar sin efectos el contrato, igual podría tener entonces la virtualidad de autorizar anticipadamente a una o a todas las partes del contrato para que, en determinados eventos, procedan a ponerle fin a su relación obligacional, lo cierto es que –según se expondrá más adelante–, en este campo especial de la teoría de los contratos se impone tener presente que tanto los fines mismos de la contratación estatal como las regulaciones derivadas de normas imperativas, generalmente de Derecho Público, como las que regulan los asuntos de orden presupuestal o aquellas referidas al ejercicio de funciones y competencias, determinan significativas restricciones al principio de la autonomía de la voluntad.

Desde una perspectiva propia del Derecho Privado, podría abordarse la materia a partir del examen del aludido artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor:

**“Artículo 1602.-** *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

En relación con la norma transcrita, la cual contempla y consagra la posibilidad de que los mismos contratantes decidan dejar sin efecto las estipulaciones o convenciones que los ataron en forma obligatoria, resulta significativo el análisis del profesor *Fernando Hinestrosa*, quien se expresó en los siguientes términos:

**“719.- DEL MUTUO DISENTIMIENTO Y LA REVOCACION.**

*“Las expresiones “el contrato es una ley para las partes” (art. 1602 c. c.) o “tiene fuerza de ley para quienes lo celebraron” (arts. 1134 [ I ] code civil fr. Y 1372 [I] codice civile) se convirtieron en un apotegma: corresponden a la naturaleza o, diríase mejor, a la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada, y reflejan el sentimiento y la aspiración de las comunidades en*

*el desenvolvimiento de sus relaciones fincado en su iniciativa individual. Esto permite a los particulares disponer de sus intereses, sólo que su ejercicio los ata. Más todavía, lo cierto es que la autonomía encuentra su razón de ser en esa vinculación y su empleo tiene por función obtener dicho resultado. De ahí el corolario de que la relación generada por medio del negocio jurídico, vinculante para su autor o sus autores, es firme y no puede ser cancelada caprichosamente, sin miramiento por los demás, y en el caso del contrato, unilateralmente por ninguna de las partes. Al propio tiempo que se consagra el principio del arbitrio de ellas juntas para deshacer lo hecho con la cortapisa de los intereses de terceros surgidos medio tempore: las figuras de la contraria voluntas o del contrarius consensus.*

*“Los distintos preceptos que sientan el “dogma” de la autonomía privada en los términos transcritos, a renglón seguido añaden: “[las convenciones] no pueden ser revocadas [code civil] o [el contrato] disuelto [codice civile] o invalidado [c. c. chileno y colombiano] sino por su consentimiento mutuo...”. Lo que ha de resaltarse acá es la proyección del poder dispositivo reconocido por el ordenamiento y la sociedad a los particulares, que llega a aceptar la destrucción de su obra; los autores del contrato pueden “revocar”, “disolver”, “invalidar” su disposición de intereses, que, de contragolpe, no puede perder su ser y su eficacia, “sino por el mutuo consentimiento de ellos o por las causas legales [legalmente autorizadas o admitidas]”, para transcribir los varios textos, todos ellos ciertamente indicativos de la fuerza vinculante del acto dispositivo, a la vez que del poder supresor de sus autores cuando obran juntamente.*

*“Reiterando y complementando la anterior postura, el art. 1625 pr. c. c. preceptúa: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan por darla por nula”. Pasando de largo sobre la impropiedad del término “nulidad” aquí empleado, que corresponde al vocablo “invalidado” del art. 1602, se aprecia que al alcance de los sujetos de la relación jurídica está el desdecirse, el volverse atrás o retractarse, obrando de manera similar a como actuaron para crearla: por acuerdo mutuo. Es, sin más, la figura del contrarius consensus. En rigor no se trata de una simple retractación o de un destrato, tampoco de un contrato modificadorio del celebrado y en curso, que sería un acto complementario o negocio de integración, sino de un verdadero contrato disolutorio, con los mismos requisitos formales de existencia.*

*“Lo anterior quiere decir, en términos de extinción de las obligaciones, que las partes, al suprimir las fuentes de aquellas, las extinguen. Esa actuación de las partes, se suele denominar resolución, atendiendo a sus efectos, y también resciliación, término este polisémico, que la doctrina y la jurisprudencia francesas emplean a menudo para indicar la terminación de los efectos de los contratos de ejecución sucesiva”<sup>29</sup>.*

Ahora bien, podría entenderse que la terminación del contrato por mutuo consentimiento de los contratantes debiere obedecer a una estipulación que ellos decidan adoptar de manera conjunta después de haber iniciado la ejecución del contrato y, consiguientemente, con posterioridad a la respectiva celebración, dando lugar a la configuración de lo que algunos autores denominan *contratos*

---

<sup>29</sup> **HINESTROSA FORERO, Fernando.** “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Concepto. Estructura. Vicisitudes”. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

*cancelatorios*<sup>30</sup>, sin embargo, aunque no resulte usual, el ordenamiento vigente de los Códigos Civil y de Comercio que rige las relaciones contractuales de los particulares, no impide ni prohíbe que ese consentimiento pueda adoptarse de manera previa, al momento mismo de la celebración del respectivo contrato a través de una estipulación incorporada en él, de manera tal que cada parte pueda tener, a su arbitrio, la facultad de disposición sobre la vigencia del contrato.

En ese sentido podría sostenerse que en el ámbito del Derecho Privado, la terminación de un contrato por decisión unilateral de uno de los contratantes según estipulación convenida y autorizada dentro del propio contrato o en algunos casos incluso prevista en la propia ley, en cuanto corresponda a una estipulación que no contraríe normas imperativas, tampoco resultaría contraria con el principio, aun vigente, de que los contratos válidamente celebrados constituyen una ley para dichos contratantes y, por tanto, al ejercerse dicha facultad de terminación unilateral se pondría fin al contrato sin necesidad de acudir a la intervención de una autoridad judicial o a la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de Administración de Justicia, camino al que, por el contrario, obligatoriamente deberán acudir los interesados cuando se presente una disputa, diferencia o conflicto entre las partes del contrato.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado:

*“La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir sólo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo “terminación” (artículo 870, C. de Co), “dar por terminado el contrato” (art. 973, C. de Co), justas causas “para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial” (art. 1325, C. de Co).*

“.....

*“En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.”<sup>31</sup>*

La aludida terminación unilateral de los contratos en el campo del Derecho Privado encuentra consagración precisa en algunas disposiciones legales como las que, a título puramente ilustrativo, se enuncian a continuación: el contrato de mandato civil (artículo 2189, numerales 3 y 4, artículos 2190, 2191 y 2193 C.C.); el contrato de arrendamiento de servicios (artículo 2066 del C.C.); el contrato de suministro, cuando no se ha previsto plazo de duración (artículo 977 del C. de Co.); el

<sup>30</sup> VON TUHR, A. “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”. Traducción del alemán por ROCES W. Tomo II. Primera Edición. Editorial Reus S.A. Madrid, 1934. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, volumen CLXXVII.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de agosto de 2011, Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

contrato de seguro (artículo 1071 C. de Co.); el contrato de hospedaje (artículo 1197-2 C. de Co.); el contrato de cuenta corriente, cuando no se ha estipulado plazo de duración o cuando fallece una de las partes y los herederos así lo disponen (artículo 1261, numerales 4 y 5, C. de Co.); el contrato de cuenta corriente bancaria (artículo 1389 C. de Co.), el contrato de cajillas de seguridad (artículo 1419 C. de Co.); el contrato de mandato comercial (artículo 1279, 1282 C. de Co.).

Naturalmente la terminación unilateral de un contrato, con base en una estipulación previa de los contratantes, resulta mucho más fácil de concebir en aquellos contratos en los cuales no se generan efectos respecto de terceros y además correspondan a contratos de ejecución sucesiva o de duración extendida en el tiempo, casos estos en los cuales la terminación opera exclusivamente entre las partes y tiene las características propias de una *resciliación*, es decir, produce efectos *'ex tunc'*; por el contrario, cuando se trata de contratos de ejecución instantánea, en los cuales ya se han cumplido todas las prestaciones recíprocas, no resulta fácil entender que la sola voluntad de una de las partes pueda producir los efectos de una *resolución*, con el propósito de regresar las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración misma del contrato.

De igual manera, el funcionamiento de la figura que se examina encuentra mayores tropiezos cuando enfrenta contratos que comportan la tradición de derechos reales o cuando generan efectos respecto de terceros, por cuanto la voluntad unilateral de uno de los contratantes no será suficiente para generar los efectos restitutivos de derechos reales en sistemas jurídicos como el colombiano, el argentino o el chileno, en los cuales se exige título y modo, así como tampoco podrá tener eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe<sup>32</sup>.

Así pues, esas estipulaciones contractuales encaminadas a facultar a una o ambas de las partes del contrato para ponerle fin de manera anticipada y unilateral, por lo general no presentan dificultades de orden práctico cuando están llamadas a generar efectos exclusivamente entre los contratantes y, además, cuando se convienen en relación con contratos de ejecución sucesiva o extendida en el tiempo, en los cuales las prestaciones deben cumplirse a lo largo de un determinado período.

Sobre este particular resulta de especial interés lo señalado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“2. No empece lo anterior, tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que –de ordinario– la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador –directa o indirectamente– ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar– anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual, objeto de comentario anterior, en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no*

---

<sup>32</sup> **KEES, Amanda Estela.** “EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR DECLARACIÓN DE UNA DE LAS PARTES”. En el libro “CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA. Contratos modernos – Derechos del Consumidor”, tomo 2, dirigido por **ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS, José Luis** y **SOTO, Carlos Alberto.** Palestra Editores y Editorial Temis. Lima y Bogotá, 2001.

*despliegue efectos jurídicos para el porvenir ('negocio abolutivo'), dado que se trata, per se, de negocios de duración.*<sup>33</sup>

Sin embargo, esa ruptura unilateral del contrato, aunque esté señalada en el mismo, deberá encontrarse justificada, ya que de otro modo podría derivar en un ejercicio abusivo de la facultad contractual, sobre todo cuando quien la invoca o acude a su aplicación es la misma parte que ha predispuesto unilateralmente las condiciones generales de la respectiva contratación. Sobre este aspecto la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado:

*"Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se de aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación, está claro entonces que el ejercicio por una de la partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración ésta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza."*<sup>34</sup>

Desde este punto de vista, la Sala también estima importante y pertinente destacar que en estos casos deben examinarse algunas cuestiones adicionales que pudieren determinar el sentido en que deba ser interpretada dicha cláusula de terminación unilateral del contrato, puesto que independientemente de la validez que la pueda acompañar, el artículo 1624 del Código Civil indica la manera en que deben interpretarse las cláusulas ambiguas, aspecto alrededor del cual la doctrina y la jurisprudencia han construido una importante teoría acerca de las cláusulas abusivas.

De acuerdo con lo anterior, para que sea procedente la indemnización de perjuicios cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral pactada en el contrato, deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio<sup>35</sup>.

#### **4.2.2.1. Aplicación restrictiva de la autonomía de la voluntad para pactar la terminación o revocación unilateral en los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.**

Ahora bien, tal como lo anticipó la Sala en el punto inmediatamente anterior, conviene precisar que en el marco jurídico aplicable a los contratos estatales se deben analizar los diversos tipos previstos en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, puesto que en algunos casos el cumplimiento tanto de los fines del Estado de que trata el artículo 2º de la Constitución Política, como los fines de la contratación estatal previstos en el artículo 3º de la Ley 80, todo ello, naturalmente, en concordancia con los principios que rigen el ejercicio de la Función Administrativa (artículo 209 C.P.), además del acatamiento a las normas que rigen los asuntos presupuestales y aquellas que regulan las competencias de los servidores públicos, habilitan o incluso obligan a las Entidades Estatales Contratantes tanto a estipular cláusulas excepcionales, como a ejercer esas potestades o prerrogativas especialísimas, según el caso, regulación que,

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de diciembre de 2001, exp. 6230, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de octubre de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

<sup>35</sup> Código de Comercio, artículo 830. Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

naturalmente, comporta límites importantes para la autonomía de la voluntad de las partes de determinados contratos de Derecho Público.

Acerca de los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado:

*“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”<sup>36</sup>*

A su turno, el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone:

**“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.*

**Parágrafo.** *En contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral segundo de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

De acuerdo con la norma legal que se deja transcrita, para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: **i)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; **ii)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; **iii)** contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

cláusulas o estipulaciones excepcionales y *iv*) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

Acercas de esta manera de agrupar los contratos estatales ya hizo referencia la Sala en oportunidad anterior, según lo refleja el pronunciamiento que a continuación se transcribe:

***“6.2. Las cláusulas exorbitantes en la ley 80 de 1993. En particular, su pacto e imposición en contratos para los cuales no existe autorización de la ley.***

*Según se anotó en los antecedentes del proceso, el municipio declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Asesoramos SCA., poder exorbitante que fue pactado en la cláusula quinta del contrato.*

*Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.*

*En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal<sup>37</sup>.*

*Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”*

*El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro<sup>38</sup>.*

*Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.*

<sup>37</sup> Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: “2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los **contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.” (Negritas fuera de texto)

<sup>38</sup> Dice el numeral 2 del artículo 14 que “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

*Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma "inmediata", de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera "mediata", porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.*

*Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.*

*En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.*

*Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:*

*De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.*

*De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios<sup>39</sup>.*

Lo anterior obliga a examinar la posibilidad que tendrían las partes para convenir válidamente, a través de una estipulación contractual, la facultad de terminación unilateral en los contratos estatales según las características propias de cada caso, atendiendo al tipo y regulación de cada contrato estatal en particular, así:

**i) Contratos en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias.** Tal como ya se indicó, integran este grupo los siguientes contratos: **a)** todos los contratos estatales que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal<sup>40</sup>; **b)** los contratos estatales cuyo objeto lo

<sup>39</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006; radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). Magistrado Ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>40</sup> Por ejemplo la explotación de los juegos de suerte y azar fue regulada en el artículo 336 de la Constitución Política de 1991, dentro de los monopolios que se establecen como arbitrio rentístico, con la finalidad de satisfacer el interés público y social. Al efecto dispuso la destinación exclusiva de las rentas obtenidas con

constituya la prestación servicios públicos<sup>41</sup>; **c)** los contratos para la explotación y concesión de bienes del Estado<sup>42</sup> y; **d)** los contratos de obra pública<sup>43</sup>.

A juicio de la Sala, en los contratos de este primer grupo resulta abiertamente improcedente incluir, por estipulación de las partes, cláusulas que de manera convencional habiliten a las partes para poner fin al vínculo contractual de forma unilateral en cualquier momento de su ejecución, distintas de las cláusulas excepcionales expresamente previstas y reguladas en la Ley 80; porque las entidades públicas y los contratistas no se encuentran en un pie de igualdad comoquiera que el legislador expresamente dispone que las Entidades Estatales Contratantes ocupen y mantengan en una situación de superioridad al asignarles, como facultad y deber a la vez, *“la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato”*, asignación en cuyo desarrollo les consagra determinadas prerrogativas excepcionales –incluidas las de terminación unilateral y la de caducidad administrativa del contrato– con *“el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata y adecuada prestación”* de los mismos.

En este orden de ideas, si la entidad pública se encuentra investida legalmente de una facultad excepcional que le permite o incluso le impone, en los casos contemplados y autorizados por la ley y con sujeción a las exigencias expresamente determinadas en las normas, dar por terminado unilateralmente el contrato, mal podrían las partes modificar, condicionar o ampliar, por vía convencional, esa regulación de Derecho Público; debe recordarse que el ejercicio de estas potestades excepcionales se encuentra consagrada dentro de un marco de competencias definidas expresamente por el legislador.

De otro lado, si en los contratos previstos en este grupo se permitiera al contratista particular dar por terminado unilateralmente el vínculo, el interés público que se encuentra inmerso en esta clase de contratos y a cuya satisfacción apunta la celebración y ejecución de los mismos, interés público que justifica y explica la inclusión y ejercicio de las potestades excepcionales, resultaría subordinado a la autonomía de la voluntad de las partes, cuestión naturalmente contraria a las previsiones constitucionales y legales que determinan su prevalencia frente a intereses de menor cobertura o alcance.

En cualquier caso, lo cierto es que en los contratos estatales que integran este primer grupo priman los principios y reglas de orden público, cuyas intensidad y preeminencia determinan la imposibilidad de admitir la inclusión válida de estipulaciones que permitan su terminación unilateral por voluntad o decisión contractual de las partes.

---

dicha explotación a los servicios de salud. La misma norma defirió a la ley la fijación del régimen propio de cada monopolio, particularmente en lo que respecta a su organización, administración, control y explotación.

<sup>41</sup> A manera de ejemplo, se encuentra el contrato para la prestación de los servicios de correo contemplado en el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 80 de 1993.

<sup>42</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32-4: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público (...)”

<sup>43</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32-1: “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

**ii) contratos en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas.** Según ya se refirió, se trata de los contratos de suministro<sup>44</sup> y prestación de servicios<sup>45</sup>.

En estos casos es posible que las partes, por expresa autorización legal, acuerden la inclusión de potestades excepcionales –incluidas las que dan lugar a la terminación unilateral del correspondiente contrato estatal– con estricta sujeción a los alcances, las regulaciones, las previsiones y las exigencias contempladas en la propia Ley 80 y únicamente para que su ejercicio pueda realizarlo la correspondiente Entidad Estatal Contratante.

Así pues, en cuanto en el respectivo contrato estatal se incluyan dichas cláusulas excepcionales, no será posible contemplar siquiera la opción de que, en forma adicional, las propias partes convengan también la inclusión de otras cláusulas encaminadas a facultar, a una o a ambas partes contratantes, para terminar de manera anticipada y unilateral el contrato correspondiente, básicamente por las mismas razones anteriormente expuestas, las cuales indican que frente al ejercicio de las prerrogativas excepcionales de terminación unilateral de los contratos estatales, reguladas de manera precisa y detallada por la ley, resultan inadmisibles convenciones adicionales que signifiquen la inaceptable modificación, por vía contractual, del régimen legal que regula esas prerrogativas.

Ahora bien, en cuanto se trate de aquellos contratos de suministro o de prestación de servicios que no incluyan en su contenido las cláusulas excepcionales a que se refiere el Estatuto de Contratación Estatal y en los cuales, por tanto, no podrá acudirse válidamente a su ejercicio, habría que tener en cuenta dos anotaciones de la mayor importancia.

En primer lugar se requeriría concluir de manera categórica, en cada caso concreto, de conformidad con el objeto del respectivo vínculo, sus alcances, sus finalidades específicas, etc., que la inclusión y/o el ejercicio de la facultad eminentemente contractual, por cuya virtud la Entidad Estatal Contratante y/o el particular contratista pudieren dar por finalizado, de manera unilateral, el contrato estatal correspondiente, de ninguna manera afectare o pusiere en riesgo los fines de la contratación estatal o el interés general.

En segundo lugar se deberá tener particular cuidado, en cada caso concreto, para evitar que la inclusión y/o ejercicio de esa clase de estipulaciones contractuales pudiere afectar o poner en riesgo el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la Igualdad, puesto que resultaría inadmisibles que esa clase de estipulaciones resultare incluida en el texto del contrato estatal a pesar de que la misma no hubiere sido prevista, contemplada y/o anunciada de manera precisa y clara a través de los documentos –pliego de condiciones o términos de referencia– que hubieren servido de base para la selección del correspondiente contratista particular y que, por tanto, no hubiere estado a disposición o escrutinio de los demás interesados en concurrir a la formación del vínculo contractual que finalmente se perfeccione, puesto que ello equivaldría a una inaceptable modificación en las reglas de juego establecidas para el desarrollo del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual que siempre deberá someterse, entre otros, a los principios de igualdad, objetividad,

---

<sup>44</sup> Código de Comercio, artículo 968: “El suministro es el contrato 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.”

<sup>45</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32-3: “Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.”

transparencia, responsabilidad, libre concurrencia, moralidad, imparcialidad y todos aquellos que recogen la Constitución Política y las leyes aplicables a esas materias específicas.

En consecuencia, no resulta posible inferir una regla general al respecto, sino que deberá analizarse cada caso concreto, si el objeto específico de cada contrato estatal de suministro o de prestación de servicios, en cuanto no hubiere incorporado expresamente las facultades excepcionales de que trata el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, permite o no que en virtud del acuerdo de voluntades, cada una de las partes o sólo alguna de ellas puedan reservarse el derecho de terminar o revocar unilateralmente el contrato celebrado.

**iii) Contratos estatales en los cuales se debe prescindir totalmente de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.** Tal como ya se indicó, componen este grupo los siguientes contratos: **a)** todos los que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia<sup>46</sup>; **b)** los contratos interadministrativos<sup>47</sup>; **c)** los contratos de empréstito<sup>48</sup>; **d)** los contratos de donación<sup>49</sup>; **e)** los contratos de arrendamiento<sup>50</sup>; **f)** los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las incluidas en el grupo de contratos con cláusula obligatoria<sup>51</sup>; **g)** los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas

---

<sup>46</sup> Ley 80 de 1993, artículo 13, inciso 4º: “Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.”

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 30 de abril de 2008, Rad. 1881, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo: “Es de la esencia del contrato o convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, pues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios.”

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 29 de enero de 1993, Rad. 491, C.P. Jaime Betancur Cuartas: “Los empréstitos externos, como recursos públicos del estado, tiene por objeto la inversión pública, especialmente destinada a la realización de obras de infraestructura económica y social tales como la electrificación, la educación, la salud. Excepcionalmente los empréstitos externos se utilizan para gastos de funcionamiento porque estos solo retribuyen bienes de consumo y servicios personales prestados, mientras que los de inversión retribuyen bienes de capital que incrementan el patrimonio fiscal.”

<sup>49</sup> Código Civil, artículo 1443: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.”

<sup>50</sup> Código Civil, artículo 1973: “El arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

<sup>51</sup> Por ejemplo, los contratos de que trata la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, parágrafo 1º, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007: “Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.”

o tecnológicas<sup>52</sup>, y h) los contratos de seguro tomados por las entidades estatales<sup>53</sup>.

Si bien en relación con estos contratos no existe, en principio, colisión alguna entre la inclusión en los contratos estatales y el consiguiente ejercicio de prerrogativas excepcionales por un lado y por el otro la opción de convenir contractualmente la facultad de terminación unilateral del vínculo, de todas maneras su inclusión y ejercicio deberán consultar, en cada caso, los alcances del respectivo contrato; las finalidades que se busca satisfacer con su celebración y ejecución, así como la aplicación, que siempre tendrá lugar, de los Principios Constitucionales que deben orientar y a los que se encuentra sometida toda la actividad del Estado, incluida, claro está, la función administrativa que comprende las actividades de naturaleza contractual.

Si al realizar el análisis específico que demanda cada caso se concluye que resulta legalmente procedente la estipulación de facultades contractuales para la terminación unilateral del contrato –como aparentemente parece presentarse con mayor claridad en estas hipótesis–, de todas maneras deberán observarse, según se dejó expuesto, tanto los aludidos Principios de Igualdad y Moralidad, como la limitación derivada de la imposibilidad de que dicha estipulación pueda tenerse como válida si es el resultado de la imposición abusiva de una de las partes del contrato o, peor aun, si su ejercicio se encamina a ejercer y servir, precisamente, para configurar alguna forma o modalidad de abuso del derecho.

En ese mismo sentido se impone la necesidad de que las Entidades Estatales que concurren a la celebración de esta clase específica de contratos revisen en cada caso que la terminación unilateral no contravenga los fines y principios de la contratación estatal; sobre el particular resulta especialmente ilustrativo el pronunciamiento que realizó la Corte Constitucional al referirse a los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia:

*“2.3.1. En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada el primer inciso del artículo 13 de la ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y sólo de manera*

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 16653, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “ (...) tienen por objeto proveer al contratista o a otra entidad pública de recursos cuyo reembolso posterior puede ser obligatorio en su totalidad o parcialmente, o puede ser condicionado en el evento de que se obtenga éxito en la actividad financiada; de la misma manera, se consagran los contratos de administración de proyectos; y, finalmente, se disciplinan los convenios especiales de cooperación por parte de la Nación con otras entidades públicas o con particulares, mediante los cuales las personas que los celebran aportan recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.”

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de agosto de 2008, exp. 14.171: “Los seguros, en general, sirven para la importante finalidad de trasladar el efecto económico de los riesgos, para cuyo propósito una entidad especializada, profesional en estas materias, en atención al pago de una prima, asume los riesgos que inquietan o preocupan al tomador y le otorga la seguridad de que, en su momento, lo indemnizará o compensará por las consecuencias adversas que para él o para un tercero se hayan producido al acaecer un evento que era incierto en la época en que se contrató la respectiva cobertura.”

subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles. De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto.

Por lo tanto, conforme al primer inciso del artículo acusado **le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso.** Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.” (se subraya)<sup>54</sup>

**iv) Contratos estatales no previstos o contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 y, por tanto, sometidos en mayor medida a los regímenes legales consagrados en los Códigos Civil y/o de Comercio.** Este importante grupo de contratos estatales, integrado por todos aquellos tipos contractuales que no encajan en una sola de las hipótesis contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 y ni siquiera mencionados a lo largo de sus diferentes preceptos, sin duda deberán seguirse por las mismas pautas o derroteros que se dejan indicados para los contratos que integran el grupo inmediatamente anterior, esto es el iii).

En cualquier caso cabe agregar que la existencia, para determinados tipos contractuales, de disposiciones legales especiales que regulan, contemplan o autorizan la inclusión de estipulaciones que tengan por objeto la terminación del vínculo por decisión unilateral de una de las partes contratantes o que se ocupen de su ejercicio, facilitan sensiblemente concluir acerca de la licitud y validez de esas cláusulas, tal como ocurre, por ejemplo, con los aludidos eventos del contrato de mandado civil, el contrato de mandato comercial, el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de suministro si no se ha previsto plazo de duración, el contrato de seguros, el contrato de hospedaje, el contrato de cuenta corriente, el contrato de cuenta corriente bancaria, el contrato de cajillas de seguridad.

##### **5. El caso concreto. La revocación unilateral pactada por las partes en los contratos de prestación de servicios de salud celebrados por Empresas Sociales del Estado.**

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que el contrato que dio lugar al proceso judicial que ahora se define en segunda instancia, tuvo por objeto la prestación de servicios de salud en odontología con una Empresa Social de Estado.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

En este orden de ideas se tiene que el régimen jurídico bajo el cual debe analizarse la controversia contractual es el del Derecho Privado, según lo prescriben el artículo 24 de la Ley 10 de 1990, el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007. En consecuencia, por voluntad del legislador, la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, contenido básicamente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, tendrán aplicación parcial en relación con algunas materias puntuales, como aquella relacionada con el procedimiento de selección abreviada en la celebración de contratos de servicios de salud, los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, las disposiciones que regulan las cláusulas excepcionales a cuya aplicación haya lugar en los contratos de las Empresas Sociales del Estado, entre otras. Al respecto la Sala de Consulta de esta Corporación indicó:

*“Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. **Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado**”.*<sup>55</sup> (Resalta la Sala)

Con todo, no sobra advertir que aunque el Estatuto de Contratación Estatal no se aplique en su integridad a esta clase de contratos, ello no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los Principios Constitucionales, en particular aquellos relacionados con el ejercicio de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Carta Política y al procedimiento de selección abreviada a que las obliga la letra c) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007<sup>56</sup>.

Ahora bien, en el presente caso, según se dejó expuesto, no resulta legalmente posible para la Sala ocuparse de examinar y de definir tanto la validez de la cláusula convenida entre las partes, en cuya virtud se dio por terminado unilateralmente el contrato en cuestión, como de la decisión que se profirió con ese propósito, porque esos asuntos exceden la órbita del recurso de apelación que interpuso la parte actora, la cual obtuvo que el Tribunal *a quo* acogiera las pretensiones que aquella formuló en su demanda con el propósito de que *i)* se declarara la nulidad de la circular mediante la cual se dio por terminado el correspondiente contrato de prestación de servicios odontológicos; *ii)* se declarara la responsabilidad de la entidad demandada por incumplimiento del contrato, y *iii)* se declarara resuelto el respectivo contrato, declaraciones que deben mantenerse incólumes en cuanto resultan favorables a la parte demandante que, en esta ocasión, tiene la condición de apelante única y, por tanto, se encuentra amparada en estos puntos por la garantía constitucional de la *non reformatio in pejus*.

Lo anterior, sin embargo, no constituye óbice para que la Sala pueda señalar que en cuanto el contrato correspondiente se encontraba sometido, por regla general, a las disposiciones del Derecho Privado, amén de que correspondía al tipo de los de prestación de servicios en cuyo texto no se incluyeron las cláusulas excepcionales de que trata el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, cuestión que resultaba facultativa según los términos de la autorización establecida para el

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1127 del 20 de agosto de 1998, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

<sup>56</sup> c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

efecto en el señalado Estatuto de Contratación Estatal, hay lugar a concluir entonces que la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato en mención no devino del ejercicio de una potestad excepcional de las que a favor de las Entidades Estatales Contratantes consagra y regula de manera especial el aludido artículo 14 de la Ley 80, sino que tuvo origen en la estipulación contractual que las partes convinieron e incorporaron, voluntaria y espontáneamente, en su respectivo contrato<sup>57</sup>, precisión que reviste enorme significado para efectos de definir, en el presente caso concreto, sobre el reconocimiento de los perjuicios que el demandante discute en su recurso de apelación.

Precisados pues, el fundamento y la naturaleza, eminentemente contractuales, de la decisión que en su momento adoptó la entidad demandada, por cuya virtud puso fin de manera unilateral al contrato que dio lugar a las controversias que se ventilaron a través del proceso judicial que ahora llega a su fin en segunda instancia, importa retomar los argumentos centrales de la apelación, según la cual: *i)* es incongruente la sentencia del Tribunal *a quo* al declarar nula la Circular 003 de 1999 y no reconocer la totalidad de los perjuicios reclamados; *ii)* la entidad demandada manifestó durante el trámite arbitral su ánimo de cancelar las indemnizaciones reclamadas, y *iii)* existe derecho a una indemnización por la pérdida de oportunidad del contratista.

5.1. La declaración de nulidad de la Circular No. 003-99 del 3 de marzo de 1999.

Tal y como ya se dejó expuesto, la decisión que la entidad demandada plasmó en la Circular No. 003-99, con el propósito de dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado entre quienes ahora concurren al proceso en su condición de demandante y de demandada, no configura un acto administrativo proferido en ejercicio de una potestad excepcional, sino que corresponde a una decisión adoptada en ejercicio de una prerrogativa de naturaleza contractual, pactada por las partes en la cláusula décimo segunda del contrato; en este sentido fue acertada y precisa la motivación de la decisión de primera instancia (folio 112 cuaderno principal):

*“En el anterior orden de ideas, no podemos hablar de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 4º de la ley 80 de 1993 y por ende no se vulneran los principios previstos en los arts. 35 y 84 del C.C.A., sobre el derecho de audiencia y defensa del actor, por cuanto en este caso no era necesario suscribir acto administrativo debidamente motivado donde se reflejara la manifestación de la voluntad de la administración al dar por terminado el contrato, como ya se indicó por cuanto no se hizo uso de las cláusulas exorbitantes, sino de la Cláusula DÉCIMA SEGUNDA”*

Ahora bien, el hecho de que el fallo de primera instancia hubiere declarado la nulidad de la decisión de terminación unilateral del contrato no genera, necesariamente, a favor del demandante, el reconocimiento automático de la totalidad de sus pretensiones indemnizatorias, sino sólo de aquellas que resulten probadas como ciertas y determinadas.

---

<sup>57</sup> Folio 16 cuaderno 1: **“DÉCIMOSEGUNDA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-** CAJANAL EPS podrá en cualquier momento dar por terminado el presente contrato por razones de conveniencia, cuando a su juicio se haga necesario tal situación y en este caso se comunicará por escrito al CONTRATISTA por lo menos con treinta (30) días de anticipación y a su vez la entidad de salud podrá dar por terminado el contrato de suministro de servicios avisando por lo menos con treinta (30) días de anticipación, mediante comunicación escrita a CAJANAL EPS., por incumplimiento en el pago de sus obligaciones por parte de CAJANAL EPS. Igualmente por cierre de vigencia este queda automáticamente cancelado.”

5.2. Las manifestaciones de CAJANAL E.P.S., en el trámite arbitral. El ánimo conciliatorio que manifestó la entidad demandada durante el trámite arbitral no genera efecto legal vinculante alguno, ni se traduce en un allanamiento a las pretensiones de la demanda. En virtud del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil -aplicable en lo contencioso administrativo por expresa disposición del artículo 168 del C.C.A.- no vale la confesión, sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos; también el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo restringe el allanamiento de la demanda por parte de las entidades públicas como CAJANAL E.P.S., en la medida en que para su eficacia se requiere de autorización expresa y escrita del Ministerio al cual se encuentra adscrita.

En todo caso, ninguno de estos dos eventos fue aceptado por la demandada a lo largo del proceso, comoquiera que siempre se opuso a la prosperidad de las pretensiones de manera expresa e inequívoca, en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada que resuelve la Sala.

5.3. De la pérdida de oportunidad. Esta Corporación, en sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>58</sup>, señaló los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”<sup>59</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>60</sup>;

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

<sup>59</sup> *Idem*, pp. 38-39.

<sup>60</sup> A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.”

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento*, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>61</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de *ganancia probable* —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de *ganancia cierta* —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían<sup>62</sup>—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una *situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “*no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida*”<sup>63</sup>.

Pues bien, en el asunto que centra la atención de la Sala las partes habían pactado la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente, antes de su vencimiento. En este orden de ideas, no se trató de una terminación injustificada o arbitraria, puesto que CAJANAL E.P.S., estaba convencionalmente facultada para hacerlo por situaciones de conveniencia para la entidad. Sobre este particular, en la declaración rendida por el Gerente de la Seccional Yopal se indicó que la terminación del contrato con el demandante se produjo como consecuencia de la celebración, desde el nivel central de la entidad, de un contrato con una I.P.S., en condiciones más favorables.

Desde esta perspectiva, no se produce una pérdida de oportunidad económica del demandante por los diez meses que faltaron por ejecutar del contrato, en consideración a que el principio legal de la fuerza obligatoria de los contratos (artículo 1602 Código Civil), fue modificado por voluntad de las partes, quienes en

---

<sup>61</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>62</sup> Al respecto la doctrina afirma que “... ‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

<sup>63</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

ejercicio de su autonomía, decidieron que podían terminarlo unilateralmente antes del vencimiento del plazo pactado. Entonces, la inclusión de la cláusula décimo segunda excluye la probabilidad cercana a la certeza de que el contrato efectivamente iba a tener una ejecución de doce meses.

Así las cosas, el incumplimiento en que incurrió CAJANAL E.P.S., se limita a la inobservancia del preaviso de treinta (30) días establecido en la cláusula décima segunda del contrato y, por ende, la indemnización no puede ir más allá de ese período, si se tiene en cuenta que en el contrato no se pactó sanción pecuniaria especial, en caso de incumplir tal condición.

No obstante, sí hay lugar a modificar el monto de la condena mediante el reconocimiento de los intereses moratorios, a partir del 4 de marzo de 1999 y hasta la fecha de esta decisión, en congruencia con la pretensión cuarta (4ª) condenatoria que sobre esa específica cuestión formuló el actor en su demanda<sup>64</sup> y cuyo reconocimiento –como el de todas sus pretensiones de condena–, persigue a través del correspondiente recurso de apelación que aquí se decide.

Comoquiera que las partes no acordaron el porcentaje de intereses moratorios, es necesario dar aplicación al artículo 4º de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades estatales:

*“Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, **en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.** (negrillas fuera de texto).*

Así mismo se debe tener en cuenta el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, que estableció lo siguiente:

**“Artículo 1º. De la determinación de los intereses moratorios.** Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º numeral 8º de la ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento de índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.

---

<sup>64</sup> (...) “4. Condenar a CAJANAL E.P.S. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, a pagar al doctor LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA el valor de los intereses moratorios de conformidad con la certificación que para el efecto expida el Banco de la República, sobre la suma indicada en las condenas anteriores a partir del rompimiento unilateral y sin justa causa del equilibrio contractual.” (Se subraya)

Así las cosas, se liquidarán los intereses a una tasa del 12% anual sobre el valor histórico actualizado, según la siguiente tabla:

Valor histórico: \$1'883.000.00

<b>AÑO</b>	<b>I.P.C.</b>	<b>VR. ACTUALIZADO</b>	<b>INTERES</b>	<b>SUMA</b>
1999 (9 meses)	9.23	\$2'056.800	9%	\$185.112
2000	8.75	\$2'236.770	12%	\$268.412
2001	7.65	\$2'407.883	12%	\$288.946
2002	6.99	\$2'576.194	12%	\$309.143
2003	6.49	\$2'743.389	12%	\$329.207
2004	5.50	\$2'894.275	12%	\$347.313
2005	4.85	\$3'034.647	12%	\$364.157
2006	4.48	\$3'170.599	12%	\$380.472
2007	5.69	\$3'351.006	12%	\$402.121
2008	7.67	\$3'608.028	12%	\$432.963
2009	2.00	\$3'680.188	12%	\$441.622
2010	3.17	\$3'796.850	12%	\$452.382
2011	3.73	\$3'938.472	12%	\$472.617
2012	0.73	\$3'967.223	4%	\$158.689
<b>Total intereses moratorios</b>				<b>\$4'833.156</b>
<b>Total Capital Actualizado</b>				<b>3'967.223</b>
<b>SUMA TOTAL CAPITAL ACTUALIZADO E INTERESES</b>				<b>\$8'880.379</b>

**6. condena en costas.**

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

**FALLA**

**PRIMERO.- MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, fechada el diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001), el cual quedará así:

**CUARTO.- CONDENAR** a CAJANAL E.P.S., a pagar a LUIS CARLOS PÉREZ BARRERA, la suma de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/Cte (\$8'880.379.00), por concepto de capital actualizado e intereses correspondientes al incumplimiento del preaviso de treinta días pactado en la cláusula décimo segunda del contrato celebrado entre las partes.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO.-** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**