

ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Empresas sociales del estado – Ley 100 de 1993 – Estatuto general de contratación de la administración pública

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 195 (numeral 6) de la Ley 100 de 1993 el hospital demandado, en su condición de Empresa Social del Estado, “en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública”.

Por lo anterior, la actividad contractual del demandado está sujeta, en términos generales, a normas de derecho privado –aunque no totalmente²–, a menos que expresamente se pacten las potestades excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), caso en el cual se somete a sus disposiciones, pero, únicamente en relación con estas.

En otros términos, las Empresas Sociales del Estado solo pueden emplear las disposiciones de la Ley 80 de 1993 exclusivamente en lo relacionado con las cláusulas excepcionales, evento en el cual su ejercicio, aplicación y efectos se regirán en un todo por las disposiciones del EGCAP, “sin que por tal circunstancia el respectivo contrato deje de regirse en lo demás por el derecho privado que, por esencia, le es aplicable”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67.252)
Demandante: ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA
Demandado: HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO ESE
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN DE SENTENCIA
Asunto: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR INDEBIDA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Síntesis del caso: el Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE terminó unilateralmente el contrato de operación suscrito con la empresa Endosalud de Occidente SA; el contratista solicita la declaración de incumplimiento del contrato por el ejercicio indebido de esa potestad y por el no pago de unas facturas.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 31 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls. 281 a 293 cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

*“1.- **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*2.- **CONDENAR** a la parte vencida en el proceso al pago de las costas procesales, las cuales deberán ser liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.*

3.- En firme esta decisión hágase entrega a la parte demandante de los remanentes por gastos del proceso.” (fl. 293 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 30 de septiembre de 2014 (fl. 86 cdno. ppal.), la compañía Endosalud de Occidente SA, en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales, presentó demanda (fls. 56 a 86 y 96 a

134 cdno. ppal.) en contra del Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE con las siguientes súplicas:

“Que se declare la nulidad del oficio GG-HROB-113.24-117 de fecha 2 de mayo de 2014 proferido por la señora gerente encargada Sandra Patricia Zafra Hernández, mediante el cual da por terminado el contrato no. 001 de fecha 02 de enero de 2014, sin justificación alguna, por ser abiertamente ilegal.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del mencionado oficio, se decrete el incumplimiento del contrato no. 001 de fecha 2 de enero de 2014.

Que como consecuencia del incumplimiento se orden al Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE de Palmira al pago de las siguientes sumas:

La suma de cuatrocientos ochenta millones de pesos m/cte (\$480.000.000) más indexación e intereses para un total de quinientos sesenta millones de pesos m/cte (\$560.000.000), como clausula penal, por el incumplimiento probado de sus obligaciones y teniendo en cuenta el valor total del contrato que era de cuatro mil ochocientos millones de pesos m/cte (\$4.800.000.000).

Asimismo, el hospital al dar por terminado el contrato de operación no. 001 del 2 de enero de 2014, con un mes de anticipación a la fecha acordada en las cláusulas contractuales que era el día 30 de junio de 2014, ocasionó un perjuicio gigante a nuestra empresa el cual tasamos en la suma setecientos noventa y siete millones setecientos catorce mil ciento setenta y cuatro pesos m/cte (\$797.714.174) con indexación y corrección monetaria, de acuerdo a los ingresos que tenía presupuestado recibir para los derechos laborales de 385 trabajadores que tenía laborando en la entidad hospitalaria.

De igual forma por concepto de gastos y honorarios de abogados causados por la reclamación la suma de ciento cincuenta millones de pesos m/cte (\$150.000.000).

Para un total de las pretensiones a pagar por parte del Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE de Palmira en un valor de mil seiscientos millones ciento catorce mil ciento setenta y cuatro pesos m/cte (\$1.600.114.174.00).” (fl. 131 cdno. ppal.).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 2 de enero de 2014, el Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE y Endosalud de Occidente SA suscribieron el contrato de operación número 1 con una vigencia de seis (6) meses y un valor de \$4.800.000.000.

2) El 2 de mayo de 2014, mediante oficio número GG-HROB-113.24.117, a pesar de que el contratista particular había cumplido a cabalidad con sus obligaciones, el hospital terminó unilateralmente el contrato a partir del 30 de mayo siguiente cuyo plazo originalmente vencía el 30 de junio del mismo año, y sin pagar las facturas presentadas por el demandante ni reconocer intereses moratorios.

3. Cargos de la demanda

La parte demandante consideró que el acto acusado desconoció los artículos 13, 29, 123 y 209 de la Constitución Política; 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993; 34, 35 y 48 de la Ley 734 de 2002; 3 y 74 de la Ley 1437 de 2011 y 3, 5, 39 y 72 de la Resolución número 113.14.22.420 del 17 de julio de 2012 (manual de contratación del hospital demandado); la solicitud de nulidad se sustentó en lo siguiente:

No se presentaron los eventos contractualmente estipulados para que procediera la terminación unilateral y tampoco se configuraron los requisitos previstos en la ley para el ejercicio de esa facultad.

En todo caso, la autoridad demandada no adelantó ningún procedimiento, tampoco invocó concretamente una causal, ni siquiera motivó el acto y menos otorgó la posibilidad de presentar los recursos procedentes.

4. Contestación de la demanda

El Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE contestó extemporáneamente la demanda (fl. 166 cdno. ppal.).

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en providencia del 31 de octubre de 2019 negó las pretensiones de la demanda con los siguientes fundamentos:

1) La entidad no ejerció la potestad excepcional de terminación unilateral prevista en la Ley 80 de 1993, únicamente aplicó, con fundamento en el derecho privado, la cláusula decimoctava que le permitía terminar el contrato en cualquier momento por decisión autónoma sin necesidad de justificación.

2) Para terminar el proceso ejecutivo iniciado por el contratista para obtener el pago de las facturas presentadas por el actor, las partes suscribieron un contrato de transacción el 26 de febrero de 2016 y acordaron que el contratista recibiría \$622.654.365 y que el hospital contratante quedaba a paz y salvo por todo concepto, por lo tanto, no habría lugar al pago de las facturas ni al reconocimiento de intereses moratorios, pues, esos aspectos ya fueron transigidos por las partes.

6. Recurso de apelación

La parte demandante (fls. 301 a 316 cdno. ppal.) manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:

1) Los contratos de prestación de servicios, como el celebrado por las partes, se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en consecuencia, el oficio acusado es un acto administrativo que carece de motivación –ni siquiera invocó causal legal alguna para el efecto–, de un procedimiento previo y con la posibilidad de ser cuestionado a través de los recursos legalmente previstos.

2) Además, aunque el referido oficio no fuera un acto administrativo también presenta de las anteriores falencias; de otra parte, las cláusulas tercera y novena del contrato prevén la terminación unilateral, pero, por incumplimiento del contratista quien, nunca desatendió sus obligaciones; empero, el tribunal pasó por alto esas estipulaciones y el manual de contratación de la entidad demanda, pues, únicamente sustentó su decisión en la cláusula decimoctava del respectivo negocio jurídico.

3) La actuación de la empresa demandada desequilibró la ecuación económica del contrato, porque la empresa actora debió terminar las relaciones laborales e indemnizar al personal que prestaba los servicios al hospital.

4) En todo caso, el hospital incurrió en mora frente al pago de las facturas y al contratista no se le reconocieron intereses moratorios.

7. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto del 17 de agosto de 2021 (índice 4 SAMAI) se admitió el recurso de apelación y el 7 de septiembre del mismo año (índice 13 SAMAI) se corrió traslado

para alegar de conclusión, en dicho término la parte actora (índice 18 SAMAI) insistió en las razones de su apelación y la parte demandada (índice 17 SAMAI) en las de su defensa, mientras que el agente del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Presentada la demanda oportunamente¹, corresponde a la Sala determinar, de conformidad con la apelación de la parte demandante, si se debe revocar la decisión de primera instancia porque, en su criterio, la terminación unilateral del contrato era abiertamente improcedente por el hecho de que no se presentó ninguno de los supuestos previstos para ello y, en todo caso, la decisión de terminación carecía de motivación, de un procedimiento previo y la posibilidad de ser cuestionada a través de recursos, además, debió reconocerse el valor de las facturas e intereses moratorios.

En esta instancia la Sala no abordará lo relacionado con el desequilibrio económico del contrato porque el recurso de apelación no es la oportunidad procesal para variar la *causa petendi*, como parece haberlo intentado el demandante cuando introdujo ese aspecto en su impugnación, pero, que no fue alegado en la oportunidad procesal correspondiente ya que, en la demanda se indicó que la indemnización que pagó a sus empleados fue producto del incumplimiento por la indebida terminación y no de un rompimiento de la ecuación financiera, razón por la cual este aspecto no pudo ser debatido en el curso de la primera instancia; lo contrario atendería contra la garantía del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, pues, no tuvo la oportunidad de defenderse frente a ese específico asunto ni de aportar prueba para controvertirlo.

¹ Las pretensiones se presentaron oportunamente ya que, el 30 de mayo de 2014 (fl. 26 cdno. ppal.) finalizó el plazo de ejecución por motivo de la terminación unilateral y la demanda se radicó el 30 de septiembre del mismo año (fl. 86 cdno. ppal.), además, el término de caducidad se suspendió entre el 24 de julio y el 15 de septiembre de 2014 por el trámite conciliatorio (fl. 54 cdno. ppal.).

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, porque la entidad demandante incumplió el contrato al terminarlo anticipadamente sin exponer ninguna justificación, pero negará lo relacionado con el pago de las facturas, ya que las razones de apelación no permiten concluir algo distinto a lo expuesto y decidido por el tribunal de primera instancia sobre este aspecto.

2. El caso concreto

2.1 El régimen del contrato

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 195 (numeral 6) de la Ley 100 de 1993 el hospital demandado, en su condición de Empresa Social del Estado, “*en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública*”.

Por lo anterior, la actividad contractual del demandado está sujeta, en términos generales, a normas de derecho privado –aunque no totalmente²–, a menos que expresamente se pacten las potestades excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), caso en el cual se somete a sus disposiciones, pero, únicamente en relación con estas.

En otros términos, las Empresas Sociales del Estado solo pueden emplear las disposiciones de la Ley 80 de 1993 exclusivamente en lo relacionado con las cláusulas excepcionales, evento en el cual su ejercicio, aplicación y efectos se regirán en un todo por las disposiciones del EGCAP, “*sin que por tal circunstancia el respectivo contrato deje de regirse en lo demás por el derecho privado que, por esencia, le es aplicable*”³.

² Sobre la aplicación del derecho privado por parte de entidades estatales se ha precisado: “[S]e parte de reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado, de manera preponderante, como ordenador y determinador del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, exp. 45.607, CP Marta Nubia Velásquez Rico.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2021, exp. 47.811, CP María Adriana Marín.

En esa medida, el régimen prevalente que informa la celebración y ejecución de los contratos de las Empresas Sociales del Estado es el derecho privado y excepcionalmente las mencionadas normas de derecho público.

2.2 La terminación del contrato

1) El actor asegura que la sentencia apelada indebidamente concluyó que la terminación unilateral fue justificada y que no adolecía de ninguna de las falencias enlistadas en la demanda; al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

a) Las partes celebraron el contrato de operaciones de procesos número 1 del 2 de enero de 2014 con el siguiente objeto:

“SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA, se obliga con el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO ESE a la operación de servicios asistenciales y administrativos de salud y conexos con autonomía, autocontrol, autogestión y autogobierno en la operación de los procesos y subprocesos que a continuación se relacionan y aparecen detallados en Anexo adjunto no. 1, el cual es parte integral de este Contrato.” (fl. 1 vltto. cdno. ppal. - mayúsculas del original).

b) En la cláusula tercera se acordó la posibilidad de terminación anticipada por incumplimiento de las obligaciones del contratista, así:

“TERCERA: OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA. Endosalud de Occidente SA se obliga a: [siguen catorce (14) obligaciones]. PARÁGRAFO: El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones dará lugar a la terminación anticipada y automática del contrato, sin necesidad de requerimiento a contratista, dando lugar a la liquidación del contrato que se efectuará dentro de los cinco (5) días siguientes al acto de terminación, tan sólo con la resolución del hospital que así lo declare.” (fl. 3 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

c) Por su parte, en la cláusula novena expresamente se pactaron potestades excepcionales, entre ellas, la terminación unilateral, como se lee a continuación:

“NOVENA: CLÁUSULAS EXORBITANTES DE TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES. El presente contrato se rige por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, en consecuencia se entienden incorporados al mismo los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 1993 y las normas que los modifiquen, adicionen o deroguen. PARÁGRAFO. En caso de que EL HOSPITAL dé por terminado o modifique o interprete unilateralmente el presente contrato ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA, renuncia expresamente a reclamar el pago de perjuicios o indemnizaciones por tal medida pero tendrá derecho a que se reconozca el costo de cuanto haya

Expediente: 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67.252)

Actor: Endosalud de Occidente SA

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

alcanzado a realizar de acuerdo con las normas y estipulaciones contractuales.” (fls. 3 vlto. y 4 cdno. ppal. - mayúsculas del original)

d) Adicionalmente, en la cláusula decimoctava se estipuló la posibilidad de terminación anticipada en los siguientes supuestos:

“DECIMOCTAVA: TERMINACIÓN ANTICIPADA. La terminación anticipada de este contrato procede: a. Por el mutuo acuerdo de las partes, el cual deberá constar por escrito. b. Por decisión autónoma del hospital en cualquier tiempo. c. Por incumplimiento del contrato.” (fl. 4 vlto. cdno. ppal. - mayúsculas del original)

e) En aplicación de la cláusula decimoctava, a través del oficio número GG-HROB-113.24-117 del 2 de mayo de 2014 –decisión cuya nulidad se pretende–, el hospital demandado terminó anticipadamente el contrato, en los siguientes términos:

“Por medio de la presente comedidamente me permito notificarle a usted como representante legal de la empresa Endosalud de Occidente, que de acuerdo a la cláusula decimoctava, del contrato civil de operación de procesos no. 1 del 2 de enero de 2014, damos por terminado anticipadamente el mismo a partir del día 30 de mayo de 2014” (fl. 26 cdno. ppal.).

2) Vistas las anteriores pruebas, se advierte que las partes acordaron, en términos generales, tres (3) formas de terminación unilateral del contrato: *i)* por incumplimiento, *ii)* por los supuestos previstos para dicha potestad excepcional y, *iii)* por decisión autónoma de la entidad demandada.

3) El hospital demandado terminó el vínculo comercial con fundamento en esta última, razón por la cual queda descartada la aplicación de la Ley 80 de 1993 en cuanto se refiere a esta decisión contractual, pues, solo el ejercicio de las potestades excepcionales está sujeto al EGCAP y los actos por medio de los cuales estas son ejercidas tendrán el carácter de administrativos.

En consecuencia, el oficio número GG-HROB-113.24-117 no es un acto administrativo por cuanto fue producto de la aplicación de una cláusula pactada en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y sujeta a normas de derecho privado, según la cual las partes acordaron, libre y espontáneamente, que podía terminarse anticipadamente el contrato *“por decisión autónoma del hospital en cualquier tiempo”* (fl. 4 vlto. cdno. ppal.).

El literal *b)* de la estipulación contractual materia de análisis tampoco exigía que el contratista desatendiera sus obligaciones, la terminación por incumplimiento estaba prevista en la cláusula segunda y en la cláusula decimoctava (literal *c)*, por ende, era indistinto si el particular demandante cumplió con lo acordado.

4) No obstante, aunque se pactó la terminación anticipada por decisión autónoma de la entidad demandada, lo cierto es que esta opción no implicaba *per se* que la autoridad estatal pudiera ejercer esta prerrogativa sin tener que respaldar su decisión con justificaciones válidas.

Las consecuencias de esta falta de claridad y transparencia no se limitaron a la simple terminación del contrato, sino que, repercutieron directamente en la otra parte involucrada, en este caso, el contratista, pues, quedó en una posición sumamente desfavorable al despojarlo de la posibilidad de conocer el motivo real que ocasionó la terminación del contrato, en este contexto, el contratista no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por desconocimiento de las razones que llevaron a la terminación del contrato, pues, no tenía ninguna información sustancial para oponerse o para controvertir, lo cual revela el ejercicio arbitrario de la potestad de terminación anticipada de la decisión.

En esencia, la falta de exposición de las razones que debían sustentar la terminación unilateral del contrato generó un escenario injusto y desequilibrado, el contratista, que no tuvo acceso a información esencial, se vio en la dificultad de poder discutir de manera efectiva ante el juez del contrato la decisión adoptada por el Hospital, en este panorama, la arbitrariedad en la determinación tomada por la entidad queda claramente expuesta.

5) Por la terminación, el contratista solicitó la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, la cual prevé que *“en caso de incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes, la parte incumplida indemnizará a la otra en una cuantía igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato”* (fl. 5 cdno. ppal.), en consecuencia, correspondería condenar a la entidad demandada al pago de \$480.000.000 a favor del contratista; sin embargo, el valor a reconocer es menor por la proporcionalidad que se debe aplicar derivada del cumplimiento parcial de las prestaciones.

En efecto, el artículo 867 del Código de Comercio estipula la posibilidad de reducir equitativamente la pena por el incumplimiento:

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena**, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”* (negritas adicionales).

Sobre la proporcionalidad sustentada en el cumplimiento parcial de las obligaciones, la jurisprudencia de esta Sala de Decisión ha precisado lo siguiente:

“En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así:

‘En la regulación de la cláusula penal está contemplada la posibilidad de su rebaja, concebida sobre un principio de mera equidad, para los eventos de cumplimiento parcial de la obligación (...).

*En este frente resulta útil señalar entonces que, en principio, cuando el deudor realice pago parcial de la obligación garantizada, tiene derecho a pedir la reducción proporcional de la pena pactada para el evento de incumplimiento de dicha obligación, lo que a su vez implica y exige, necesariamente, la división de ésta; pero, como lo ha señalado la doctrina, **la precitada regla es inaplicable al menos en dos hipótesis: (i) cuando alguna de las dos obligaciones –la principal (garantizada) o la accesoria (la pena)– es naturalmente indivisible; y (ii) cuando aun siendo una u otra divisible, se pacta expresamente que la pena se aplicará para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación.***

En relación con el primer escenario –el carácter indivisible de la cláusula penal– se afirma, con razón, a manera de regla general, que la naturaleza divisible o indivisible de la obligación principal determina, correlativamente, la divisibilidad o indivisibilidad de la pena y, por consiguiente, la posibilidad de reducción o no de la misma; en ese sentido, Ospina Fernández señala que: ‘La naturaleza de la obligación principal, según que esta sea divisible o no, determina, en principio, régimen análogo para la obligación penal accesoria. Si aquella versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible, la pena también lo será, desde luego si ella consiste en una prestación susceptible de división. Por el contrario, si la obligación principal es natural o jurídicamente indivisible, en principio la pena sigue el mismo régimen’.

Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil; es que en el marco de la autonomía de la voluntad, no es lo mismo pactar, respecto de una determinada obligación –principal–, que en caso de incumplimiento –sin distinción alguna– o de incumplimiento total, se causará una pena de determinado valor, que pactar, en relación con la misma obligación –principal–, que en caso de incumplimiento total o parcial de la misma –cualquiera de los dos eventos–; se causará una pena de determinado valor, pues en el primer evento cabe la posibilidad de rebaja proporcional, ya que tiene sentido entender que a incumplimiento total, pena total, y a incumplimiento parcial, pena parcial, pero sin que ocurra lo mismo en el segundo, porque las partes acordaron, que para el caso de incumplimiento, tanto total como parcial, los perjuicios se estimaban en la misma suma plasmada en la cláusula penal correspondiente^{4,5} (resalta la Sala).

En consecuencia, el monto de la cláusula penal pecuniaria debe disminuirse porque la obligación es divisible, en efecto, el plazo de ejecución del contrato originalmente se pactó entre el 2 de enero y el 30 de junio de 2014; no obstante, por la terminación anticipada el vínculo negocial finalizó el 30 de mayo de ese mismo año, por lo tanto, de los 180 días acordados únicamente se pudo ejecutar las obligaciones por 149 días (82,78%), una vez disminuido en ese porcentaje el valor de la cláusula penal pecuniaria su monto queda en \$82.656.000 (17,22%).

Esta cifra que se actualizará desde el 2 de enero de 2014 cuando se acordó la estimación anticipada de perjuicios (fl. 5 cdno. ppal.), de conformidad con la siguiente fórmula:

$$vf = vi \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada.

vi: es el valor inicial.

⁴ [cita original del texto] Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones, Bogotá: Legis, 2017, p. 341 y 342.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, exp. 67.430, CP Fredy Ibarra Martínez, con salvamento de voto de Martín Bermúdez Muñoz. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, exp. 68.254, CP Fredy Ibarra Martínez.

Expediente: 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67.252)
 Actor: Endosalud de Occidente SA
 Controversias contractuales
Apelación de sentencia

índice final: el último disponible a esta sentencia (agosto de 2023).
 índice inicial: vigente a la celebración del contrato (enero de 2014).

$$vf = \$82.656.000 \times \frac{135,39}{79,95}$$

$$vf = \$139.972.431$$

En consecuencia, la entidad demandada adeuda \$139.972.431 a la empresa demandante.

6) Se negarán el resto de perjuicios reclamados por el demandante (acreencias laborales y gastos por defensa jurídica), pues, el pago de la cláusula penal excluye la posibilidad de reconocer perjuicios por encima de su valor, a menos que expresamente se haya pactado lo contrario y este no es el caso, en efecto, *“para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (artículo 1594 del CC); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado”*⁶.

7) Así las cosas, se revocará la sentencia impugnada para declarar el incumplimiento del contrato por el ejercicio abusivo de la facultad de terminación anticipada y condenar a la entidad demandada al pago de \$130.000.615 por concepto de cláusula penal pecuniaria.

2.3 El pago de las facturas

1) En relación con la falta de pago de las facturas y de los intereses moratorios se advierte lo siguiente:

a) El 9 de julio de 2014, el contratista le solicitó el pago de las facturas números 396 (\$23.447.445) y 397 (\$753.363.289) presentadas el 4 de junio de 2014 (fl. 41 cdno. ppal.).

b) En el marco de un proceso ejecutivo promovido por la actora para obtener el pago de las acreencias insolutas derivadas del contrato de operación, las partes

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, exp. 2013-00162-01, MP Luis Alonso Rico Puerta.

suscribieron un contrato de transacción el 26 de febrero de 2015 con el contenido que se muestra a continuación:

“Que entre el Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE y ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA se suscribió CONTRATO CIVIL DE OPERACIÓN DE PROCESOS no. 1 el día 2 de enero de 2014.

Que el plazo pactado fue de seis (6) meses contados a partir del dos (2) de enero de 2014 hasta el treinta (30) de junio de 2014 y/o hasta agotar disponibilidad.

Que el día 5 de mayo de 2014 mediante comunicación GG-HROB-113.24-117.01 HROB ESE dio por terminado unilateralmente dicho contrato, a partir del 30 de mayo de 2014, el cual fue notificado a la empresa ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA (CLÁUSULA DECIMA OCTAVA del contrato civil de operación de procesos no. 1).

Que el valor de la obligación corresponde a la suma de SEISCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$622.654.365).

Que el HROB ESE, en acuerdo de pago realizado con la empresa ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA se compromete a pagar el saldo pendiente del valor total y la empresa ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA (...) a desistir de la acción ejecutiva que se adelanta ante el juzgado PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA.

TRANSAN

ARTÍCULO PRIMERO. El hospital Raúl Orejuela Bueno ESE, pagará lo adeudado a la empresa ENDOSALUD DE OCCIDENTE SA por valor de SEISCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$622.654.365) valor que será pagado en dos cuotas iguales (...).” (fl. 157 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

c) El 27 de marzo de 2015, con fundamento en el contrato de transacción, el aquí demandante solicitó la terminación del proceso ejecutivo porque *“se logró llegar un acuerdo para el pago de las obligaciones del contrato no. 1 del 2 de enero de 2014 y con fecha 26 de marzo de 2015 se pagó la totalidad de la obligación”* (fl. 158 cdno. ppal.).

2) Vistas las anteriores pruebas, se encuentra que el contratista demandante en un momento solicitó el pago de dos (2) facturas al hospital, pero, en el expediente no aparecen dichas facturas lo cual impide conocer su contenido; no obstante, el 26 de febrero de 2015 las partes acordaron el pago de las obligaciones insolutas derivadas del contrato y el contratista demandante reconoció que ya recibió el dinero.

Expediente: 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67.252)
Actor: Endosalud de Occidente SA
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

3) En esa medida, no hay lugar a ordenar el pago de las facturas, porque todas las deudas impagadas del contrato ya fueron canceladas por el hospital demandado.

3. Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 1) del Código General del Proceso, la parte demandada resultó vencida porque se revocó totalmente la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, por lo tanto asumirá las costas procesales de ambas instancias, la condena incluirá las agencias en derecho que para esta instancia se fijan, en atención al concepto y los criterios definidos para su causación por el Consejo Superior de la Judicatura, en seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión para la parte demandante porque intervino en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia del 31 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

2º) Declárase que el Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE incumplió el contrato de operación número 1 del 2 de enero de 2014 que celebró con la compañía Endosalud de Occidente SA.

3º) Condénase al Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE a pagar ciento treinta y nueve millones novecientos setenta y dos mil cuatrocientos treinta y un pesos (\$139.972.431) en favor de Endosalud de Occidente SA.

4º) Niéganse las demás súplicas de la demanda.

5º) Condénase en costas de ambas instancias al Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE y **fíjanse** las agencias en derecho para esta instancia en cuantía de seis (6)

Expediente: 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67.252)
Actor: Endosalud de Occidente SA
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión en favor de la compañía Endosalud de Occidente SA.

6º) Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Aclaración de voto

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.